Walther Sigel

Der gewerbliche Arbeitsvertrag

J.B.Metzler, Stuttgart.


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
ET
CHRISTO
ECCLESIAE
VE RI
TAS



Sigel

Arbeitsvertrag

Der

Gewerbliche Arbeitsvertrag

nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuch

von

Walther Sigel

Vorsitzendem des Gewerbe- und Gemeindegerichts Stuttgart

Hilfslehrer an der k. Technischen Hochschule zu Stuttgart

Stuttgart

J. B. Metzlerscher Verlag

1903

Druck der J. B. Metzlerschen Buchdruckerei in Stuttgart.

Vorwort.

Als der erste Band des ausgezeichneten Werkes, das Philipp Lotmar über den Arbeitsvertrag geschrieben hat, im Druck erschien, war die vorliegende Schrift etwa zu zwei Dritteilen ausgearbeitet. Nachdem ich das Werk Lotmars gelesen hatte, war mein erster Gedanke, daß ich nunmehr gut daran tun werde, wenn ich meine Arbeit still bei mir behalte. Denn dem dringenden Bedürfnis nach einer wissenschaftlichen Bearbeitung der Lehre vom Arbeitsvertrag hat Lotmar in so vorzüglicher Weise Rechnung getragen, daß es mir als vermessen erscheinen wollte, nunmehr noch eine in kleinerem Rahmen gehaltene Schrift über dieses Thema in die Öffentlichkeit zu bringen.

Wenn ich mich trotzdem noch entschlossen habe, die vorliegende Schrift zu veröffentlichen, so bin ich mir wohl bewußt gewesen, daß an dieselbe nicht der gleiche Maßstab gelegt werden kann, wie an das Werk von Lotmar. Ich bin aber der Meinung, daß auch ein Praktiker den Versuch machen darf und soll, eine wissenschaftliche Verarbeitung seiner Studien und Erfahrungen zu veröffentlichen, auf die Gefahr hin, daß sie von Theorie und Praxis zerzaust wird. Denn gerade die gewerbegerichtliche Praxis wird den Nutzen davon haben, wenn die sie interessierenden Streitfragen so viel als nur möglich besprochen werden. Die Praktiker, welche bislang die von der wissenschaftlichen Forschung bis auf Lotmar verhältnismäßig selten behandelte Lehre vom gewerblichen Arbeitsvertrag bearbeitet haben (Burchardt, Prenner, Wolff), haben ihre an sich gewiß verdienstvollen Schriften in erster Linie für den Laien geschrieben und deshalb von der Heranziehung und Besprechung der juristischen Literatur fast ganz abgesehen. Diese Lücke wollte ich ausfüllen. Damit ist aber auch der Rahmen gegeben, innerhalb dessen sich meine Ausführungen zu bewegen haben. Nicht der gewerbliche Arbeitsvertrag in seinem ganzen Umfang, sondern nur die zivilrechtliche Gestaltung, die er durch das B.G.B. erhielt, bildete den Gegenstand meiner Untersuchungen. Die Bestimmungen der G.O. hatte ich in ihren Kreis nur insoweit zu ziehen, als sie zivilrechtliche Bedeutung haben.

Stuttgart, im März 1903.

Walther Sigel.

Inhalt.

Verzeichnis der in Abkürzung gegebenen Literaturnachweisungen:

Archiv für soz. G. u. Stat. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, herausgegeben von Braun;

Archiv für ziv. Pr. = Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von Franklin, Rümelin, Wendt, Bülow und Kohlhaas;

Beckmann = Archiv für gewerbliche Rechtspflege, herausgegeben von Beckmann, Kautz und Geitel;

Burchardt = Burchardt, die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter (Berlin 1901);

Cosack = Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts;

Crome, die p. R. = Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte (1897);

Crome, System = Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts;

Dernburg, B.R. = Dernburg, das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, II. Band, 1. u. 2. Abteilung (1901);

D. Juristenzeitung = Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von Laband, Staub und Stenglein;

Endemann = F. Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts (1900, 3.—5. Aufl.);

Gareis = Gareis, der allgemeine Teil im Kommentar zum B.G.B. von Oertmann, Gareis u. a.

Gaupp-Stein = Gaupp-Stein, die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich, Kommentar (5. Aufl., 1901);

Gew.-G. = das „Gewerbegericht“, Monatsschrift des Verbands deutscher Gewerbegerichte, herausgegeben von Jastrow und Flesch;

Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, herausgegeben von Rassow, Küntzel und Eccius;

Hachenburg = Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im B.G.B. in den Annalen der großh. badischen Gerichte, Jahrgang 64 (1898) S. 167;

Jahrb. der württemb. R. = Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege, herausgegeben von Pfizer;

Köhne, die Arbeitsordnungen = Köhne, die Arbeitsordnungen im deutschen Gewerberecht (Berlin 1901);

Landmann = Landmann-Rohmer, die Gewerbeordnung für das deutsche Reich, Kommentar (3. Aufl., 1897);

Lotmar = Lotmar, der Arbeitsvertrag, 1. Band (Leipzig 1902);

Mandry-Geib = Mandry-Geib, der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze (1898, 4. Aufl.);

Mot. = Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Amtliche Ausgabe (Berlin, Guttentag, 1896);

Nelken = Nelken, die deutschen Handwerker und Arbeiterschutzgesetze, Kommentar (Berlin 1901);

Neukamp im Verw.-A. = Neukamp, das Verhältnis des B.G.B. zur Reichsgewerbeordnung in Band 5 S. 209 des von Schulzenstein und Keil herausgegebenen Verwaltungsarchivs;
Planck = Planck, Kommentar zum B.G.B.;
Prenner = Prenner, der gewerbliche Arbeitsvertrag nach deutschem Recht (München 1902);
Prot. = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs (Berlin, Guttentag, 1898);
Reger = Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, herausgegeben von E. Reger;
R.G. in C.S. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen;
R.G. in Str.S. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen;
Rohrscheidt = Gewerbearchiv für das deutsche Reich, herausgegeben von K. v. Rohrscheidt;
Schenkel = Schenkel, die deutsche Gewerbeordnung, Kommentar (2. Aufl., 1894);
Scherer = Scherer, Kommentar zum B.G.B.;
Schicker = Schicker, die Gewerbeordnung für das deutsche Reich, Kommentar (4. Aufl., 1901);
Schollmeyer = Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse in dem Kommentar zum B.G.B. von Hölder u. a.;
Seufferts A. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte;
Sinzheimer = H. Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung, Berlin 1902;
Soz. Pr. = Soziale Praxis, herausgegeben von Francke;
Stadthagen = Stadthagen, das Arbeiterrecht (1900);
Staub = Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (1900, 6. u. 7. Aufl.);
Staudinger = Staudinger, Kommentar zum B.G.B. (1901);
Unger = Entscheidungen des Gewerbegerichts zu Berlin, herausgegeben von Unger;
Zeitschrift für Sozialw. = Zeitschrift für Sozialwissenschaft, herausgegeben von Wolf.

Sonstige Abkürzungen:

G.G. = Gewerbegericht, A.G. = Amtsgericht, L.G. = Landgericht, O.L.G. = Oberlandesgericht, K.G. = Kammergericht Berlin, R.G. = Reichsgericht, R.Bl. = Reichsgesetzblatt.

§ 1.

Der Begriff des gewerblichen Arbeitsvertrags.[1])

Es ist eine eigentümliche Erscheinung, daß der Begriff „Arbeitsvertrag“ im B.G.B. keine Stätte gefunden hat, obgleich er sich in der gewerblichen Praxis und auch in der Versicherungsgesetzgebung längst eingebürgert hat. Ein im Reichstag bei der Beratung des B.G.B. gestellter Antrag, statt Dienstvertrag u. s. w. zu sagen: Arbeitsvertrag, Arbeitgeber, Arbeitnehmer wurde abgelehnt.[2]) Die Gewerbeordnung behandelt im 7. Titel die Rechtsverhältnisse der „gewerblichen Arbeiter“. Sie gibt aber weder eine Definition des Begriffs: gewerblicher Arbeiter, noch eine erschöpfende Aufzählung derjenigen Personen, welche diesem Begriff zu unterstellen sind. Anerkannt wird allseitig, daß durch die Aufzählung, welche die Überschrift zum 7. Titel der G.O. gibt, der Kreis der gewerblichen Arbeiter keineswegs endgültig begrenzt ist. Landmann[3]) bezeichnet als gewerbliche Arbeiter „im allgemeinen, soweit nicht hinsichtlich einzelner Kategorien etwas besonderes bestimmt ist, alle diejenigen Personen, welche in einem gewerblichen Unternehmen auf Grund eines Vertragsverhältnisses als Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker, Fabrikarbeiter oder in ähnlichen Stellungen für Zwecke des Gewerbebetriebs beschäftigt werden“.

---

1) Über die Geschichte des g. A. vgl. W. Endemann in Conrads Jahrb. für Nationalökonomie, 3. Folge B. 12 (auch als Sonderabdruck erschienen); Oertmann, die Volkswirtschaftslehre des corpus iuris; Pöhlmann, Geschichte des antiken Kommunismus u. Sozialismus und dazu Beloch in der Zeitschr. für Sozialwissenschaft B. 4 S. 359. Die volkswirtschaftliche Bedeutung des g. A. wird in den zahlreichen nationalökonomischen Werken erörtert, zu vergleichen ist insbesondere Schmoller, Grundriß der allgem. Volkswirtschaftslehre B. I u. der aus dem II. Band im voraus veröffentlichte Abschnitt über das Arbeitsverhältnis in der Soz. Pr., Jahrg. 11 S. 194 ff.

2) Sten. Bericht über die Sitzung vom 12. Juni 1896, Guttentagsche Ausgabe S. 75 ff.

3) Landmann, B. II, Vorbemerkung zum 7. Titel der G.O.

Die soziale Abhängigkeit vom Arbeitgeber ist also wesentlich für die Feststellung des Begriffs: gewerblicher Arbeiter. Dieser Gesichtspunkt ist bei der Untersuchung der Frage, welche Vertragskategorien des bürgerlichen Rechts für den gewerblichen Arbeitsvertrag in Betracht kommen können, stets im Auge zu behalten. Im Einzelfall wird freilich die Entscheidung der Frage, ob ein Arbeiter als gewerblicher Arbeiter anzusehen sei, zu Zweifeln mannigfachen Anlaß geben.[4]) In dem Rahmen dieser Schrift, die sich hauptsächlich mit der Bedeutung des B.G.B. für den gewerblichen Arbeitsvertrag zu befassen hat, kann auf diese Frage nicht weiter eingegangen werden, denn das B.G.B. hat an dem von der G.O. aufgestellten Begriff: gewerblicher Arbeiter, nichts geändert.

Der gewerbliche Arbeiter leistet seinem Arbeitgeber die versprochene Arbeit nicht iure dominii wie der römische Sklave, sondern auf Grund eines Vertrags. Dieser Vertrag ist eben der gewerbliche Arbeitsvertrag. Auszuscheiden sind also die Fälle, in denen die Arbeitsleistung auf Grund einer nicht vertragsmäßigen, sondern rein gesetzlichen Verpflichtung erfolgt. Solche Fälle liegen vor, wenn die Ehefrau oder das dem elterlichen Hausstand angehörende Kind dem Ehemann, bezw. den Eltern Dienste, die an sich gewerblicher Natur sind, leisten (§§ 1356, 1617 B.G.B.). Freilich kann auch hier ein gewerblicher Arbeitsvertrag festzustellen sein; beweispflichtig ist aber jedenfalls derjenige, der hieraus Rechte ableitet.[5]) Der Beweis für das Vorliegen eines solchen Vertrags kann aus konkludenten Handlungen, z. B. der fortgesetzten Lohnzahlung seitens des Vaters zu entnehmen sein.[6])

Das B.G.B. enthält eine Reihe von Vorschriften, welche sich auf die Leistung menschlicher Arbeit beziehen. Hieher gehören die Bestimmungen über den Dienstvertrag, den Werkvertrag, den Mäklervertrag.

---

4) Vgl. die vielen, hiezu ergangenen Entscheidungen im Gew.-G. und bei Unger R.G. in Str. S. B. 9 S. 265; Reger, B. 4 S. 283 u. B. 11 S. 145; ferner Landmann a. a. O.; Schenkel Anm. zu § 105 G.O.; Nelken S. 347; Lotmar S. 298 ff.; Burchardt §§ 1—5; Wilhelmi-Fürst Anm. zu § 2 des Gewerbegerichtsgesetzes; auch Staub, Anm. 11—15 zu § 59 H.G.B.

5) Ebenso Staub Anm. 8 zu § 59 H.G.B., vgl. auch R.G. in C.S. B. 4 S. 122 u. Soz. Pr. 12 S. 258; selbstverständlich müssen in erster Linie die Voraussetzungen der §§ 1356, 1617 für die Annahme der Entgeltlichkeit der Dienste vorliegen.

6) So K.G. Berlin bei Reger B. 17 S. 387; vgl. auch A. IV der preuß. und els.-lothr. Ausf.-Anweisung zur G.O. vom 26. Februar 1892 und § 10 der württemb. Vollz.-Verf. zur G.O. vom 26. März 1892; ferner Reichsversicherungsamt in den Amtl. Nachrichten B. 3 S. 142; Zeitschr. für Inv.- und Altersversicherung Jahrg. 12 S. 52; Nelken S. 348; vgl. auch § 845 B.G.B.

die Auslobung, den Auftrag, die Verwahrung und die Geschäftsführung ohne Auftrag. Alle diese sieben Fälle unterstehen dem Oberbegriff: Arbeitsvertrag, da ihm der Gesetzgeber keine bestimmte, eingeschränkte Bedeutung gegeben hat.[7]) Für den gewerblichen Arbeitsvertrag sind nun aber, wie keiner weiteren Begründung bedarf, der Mäklervertrag, die Verwahrung und die Auslobung auszuscheiden. Auch die Geschäftsführung ohne Auftrag hat außer Betracht zu bleiben; denn bei ihr handelt es sich ja nicht um einen Vertrag. Es sind somit hier nur der Dienstvertrag, der Werkvertrag und der Auftrag zu erörtern.

Fraglich ist, ob der Auftrag als gewerblicher Arbeitsvertrag erscheinen könne. Man hat schon die Behauptung aufgestellt, dass zum Wesen des gewerblichen Arbeitsvertrags die Entgeltlichkeit gehöre.[8]) Wäre diese Behauptung richtig, so hätte der Auftrag, der seiner Natur nach stets unentgeltlich ist, hier ohne weiteres in Wegfall zu kommen. Diese Behauptung ist aber nicht richtig. Denn der Lehrling ist, wie aus der Überschrift zum 7. Titel der G.O. hervorgeht, gewerblicher Arbeiter. Der sehr häufig auf dem Prinzip der Unentgeltlichkeit beruhende Lehrvertrag ist also ein gewerblicher Arbeitsvertrag, mag man ihn im übrigen konstruieren, wie man will.[9]) Das Merkmal der Entgeltlichkeit ist somit für den gewerblichen Arbeitsvertrag nicht begriffswesentlich; dieser Vertrag kann also im einzelnen Fall auch als Auftrag zu konstruieren sein, so z. B. bei dem Arbeitsverhältnis des Volontärs.[10]) Immerhin wird ein Auftrag auf dem Gebiet des gewerblichen Arbeitsvertrags nur sehr selten anzunehmen sein (vgl. § 612 Abs. 1 B.G.B.); er darf deshalb in den hier weiter zu gebenden Ausführungen füglich außer Betracht gelassen werden.

Zu erörtern ist hier aber noch die Bedeutung der Geschäftsbesorgung im Sinn des § 675 B.G.B. Der Gesetzgeber unterscheidet im

---

7) Vgl. Endemann B. II § 172; a. M. Dernburg II S. 392, der den Dienstvertrag neben den Arbeitsvertrag stellt; Lotmar S. 32, 264 ff., der die Entgeltlichkeit als essentiell für den Begriff: Arbeitsvertrag ansieht.

8) So z. B. Flesch im Gew.-G. Jahrg. 3 S. 94; Lotmar a. a. O.; bei dem Arbeitsvertrag des Handlungsgehilfen ist Entgeltlichkeit nach § 59 B.G.B. essentiell.

9) S. § 2; Nelken S. 653 will wegen des Wortlauts der §§ 1822 Z. 6 u. 7 u. 1827 B.G.B. zwischen Arbeitsverträgen und Lehrverträgen unterscheiden; hiezu nötigen diese Bestimmungen doch wohl nicht. Der Gesetzgeber hat hier offensichtlich keine Begriffsbestimmungen, sondern nur eine Aufzählung geben wollen, die zu Zweifeln keinen Anlaß geben soll, vgl. auch § 196 Z. 9 B.G.B. u. Lotmar S. 80. Stadthagen S. 54 sieht den Lehrvertrag als Arbeitsvertrag an.

10) Ebenso Staub Anm. 7 zu § 59 H.G.B.; Kellner, Portiers u. s. w., die lediglich auf den Trinkgelderbezug angewiesen sind, gehören nicht hieher.

§ 675 zwischen Dienst- und Werkverträgen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist.[11]) Das Unterscheidungsmerkmal gibt er aber überall nicht an. In den Protokollen[12]) findet sich nur die sehr geheimnisvolle Andeutung, daß „nicht ohne weiteres in jeder Tätigkeit des Dienstverpflichteten oder des Übernehmers eine Geschäftsbesorgung zu finden sei und daß es sich bei der Geschäftsbesorgung um die Entfaltung einer solchen Tätigkeit handle, die innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn vorzunehmen sei". Was unter diesem Rechtsbereich zu verstehen sei, bleibt durchaus dunkel. Die Motive zum 1. Entwurf, der die Unentgeltlichkeit für den Auftrag nicht als begriffswesentlich ansah, wollten die Beantwortung der Frage, durch welches ausschlaggebende Merkmal sich der Mandatsvertrag von dem Dienstvertrag, bezw. dem Werkvertrag unterscheide, der Wissenschaft überlassen. Diese Frage hat der Gesetzgeber dadurch, daß er bei dem Auftrag die Entgeltlichkeit ausschloß, geregelt. Dagegen muß die Wissenschaft nunmehr den Unterschied zwischen einfachen Dienst- und Werkverträgen und solchen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, finden. Da weder das Gesetz noch seine Entstehungsgeschichte einen brauchbaren Anhaltspunkt für die Feststellung dieses Unterschieds gewähren, so besteht hier naturgemäß eine große Mannigfaltigkeit der Meinungen. Die einen sagen, diesen Unterschied könne man überhaupt nicht finden.[13]) Andere sehen als Geschäfte die Rechtsgeschäfte und sonstige rechtlich das Vermögen des Dienstempfängers berührende Tätigkeiten an.[14]) Dernburg[15]) rechnet hieher diejenigen Geschäfte, welche man gemeinrechtlich dem Mandat unterstellte, welche auch der erste Entwurf unter dem Auftrag zu begreifen gedachte.

Wäre in der Tat der erwähnte Unterschied nicht zu ergründen, so könnte man aus diesem Grunde nur die Ausmerzung des § 675 für die Praxis verlangen. Hachenburg[16]) argumentiert folgendermaßen: ein

---

11) Ebenso Cosack § 143 zu Note 13; vgl. auch G.G. Frankfurt im Gew.-G. 5 Seite 274.

12) Prot. B. II S. 377; der § 675 verdankt seine Entstehung einem Beschluß der Reichstagskommission.

13) So Hachenburg in den Annalen der badischen Gerichte, Jahrg. 64 S. 172; Schollmeyer, Recht der einz. Schuldverhältnisse S. 40.

14) Cosack § 143 zu Note 12; Staub, Anm zu § 362 H.G.B.; vgl. auch Endemann § 177 zu Anm. 1; gegen die ausschließliche Heranziehung der Rechtsgeschäfte mit Recht Lotmar S. 277.

15) Dernburg B.R. II, 2 § 365.

16) a. a. O. S. 170—172; gegen Hachenburg s. auch Lotmar S. 278 Anm. 2.

Unterschied zwischen Geschäftsbesorgung und Diensten anderer Art lasse sich nicht finden, also seien die im Gesetz für die eine oder andere Gruppe gegebenen Vorschriften wechselseitig anwendbar, soweit sie nicht auf dem gegensätzlichen Moment der Entgeltlichkeit, bezw. Unentgeltlichkeit beruhen. Nach dieser Argumentation sollen also die Vorschriften, die der Gesetzgeber offensichtlich nicht für alle Dienstverträge erlassen wollte,[17]) gewissermaßen zur Strafe für den ihm passierten Lapsus nun gerade auf alle Dienstverträge anzuwenden sein. Eine solche Auslegung des Gesetzes ist doch wohl nicht angängig. Die Wissenschaft muß sich vielmehr mit der Tatsache abfinden, daß der Gesetzgeber die erwähnte Unterscheidung macht und gerade mit Rücksicht auf diese Unterscheidung sachlich verschiedene Vorschriften für die beiden in Frage kommenden Fälle gibt.[18]) Kann die Wissenschaft einen Unterschied nicht finden, so kann sie logischerweise nur feststellen, daß die Voraussetzungen des § 675 nicht zutreffen und daß er daher in seinem ganzen Umfang gegenstandslos sei.

Allein dieser radikale Ausweg muß gar nicht eingeschlagen werden, denn Merkmale, welche die Geschäftsbesorgung von den übrigen Arbeitsverträgen unterscheiden, lassen sich wohl finden. Der Schlüssel zur Lösung der Frage ist weniger auf dem Gebiet der juristischen Dialektik, als in der sozialen Bedeutung des Arbeitsvertrags zu finden. Bei dem gewöhnlichen Arbeitsvertrag ist der Arbeiter wirtschaftlich stets abhängig vom Arbeitgeber; dieser ist der Abnehmer seines einzigen Kapitals, seiner Arbeitskraft, und gewährt ihm dagegen die zu seinem Unterhalt notwendigen Mittel. Nun gibt es aber auch Dienstverträge, durch deren Abschluß der Dienstverpflichtete sich nicht in wirtschaftliche Abhängigkeit zum Dienstgeber stellt, so z. B. bei der Tätigkeit des Rechtsanwalts in einem einzelnen Prozeß, bei der Behandlung der einzelnen Kranken durch den Arzt und ähnliches. In solchen Fällen wird man, ohne dem Sprachgebrauch einen Zwang antun zu müssen, von der Besorgung eines Geschäfts bezw. einer Mehrheit von Geschäften reden dürfen.[19]) Einen Rückfall in die römisch-rechtliche Unterscheidung der

---

[17]) Die Mot. II S. 458 u. 459 lehnen es ausdrücklich ab, im Kapitel über den Dienstvertrag Einzelvorschriften wie in § 666—670 für den Auftrag zu geben, da solche Vorschriften hier teils selbstverständlich, also entbehrlich seien, teils wegen der Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit aller Fälle nicht allgemein gegeben werden können.

[18]) Ebenso Dernburg a. a. O. § 364; Lotmar S. 279 u. die dort zitierten.

[19]) Lotmar S. 279, der ebenfalls auf den gemeinen Sprachgebrauch das Hauptgewicht legt, kommt zu einem ähnlichen Ergebnis.

operae liberales und illiberales bedeutet diese Begriffsbestimmung nicht; denn auch niedere Dienstleistungen, z. B. der Gang des selbständigen Dienstmanns können Geschäftsbesorgungen sein. Es liegt auf der Hand, daß bei dieser Entscheidung der Frage der § 675 für den gewerblichen Arbeitsvertrag außer Betracht bleiben muß. Denn das charakteristische Merkmal dieses Vertrags ist ja gerade die soziale Abhängigkeit des Arbeiters vom Arbeitgeber, die ausschließliche, nicht bloß auf die Besorgung einzelner Geschäfte gerichtete Tätigkeit des Arbeiters im Gewerbebetrieb des Arbeitgebers.

§ 2.

Dienst- und Werkvertrag.

Nach den in § 1 gegebenen Ausführungen kann von den dem B.G.B. bekannten Verträgen, welche sich mit der menschlichen Arbeitsleistung befassen, abgesehen von dem in der Praxis seltenen Fall der Anwendbarkeit der Vorschriften über den Auftrag für den gewerblichen Arbeitsvertrag nur der Dienstvertrag und der Werkvertrag in Frage kommen.

Durch den Dienstvertrag wird nach § 611 B.G.B. der Arbeiter zur Leistung der versprochenen Dienste, der Arbeitgeber zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Das Gleiche ist bei dem gewerblichen Arbeitsvertrag, soweit er entgeltlich ist, der Fall. Es bedarf daher keiner weiteren Ausführung darüber, daß der gewerbliche Arbeitsvertrag als Dienstvertrag im Sinn des B.G.B. erscheinen kann.

Durch den Werkvertrag wird nach § 631 B.G.B. der „Unternehmer“ zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Die Feststellung des Unterschieds zwischen Dienst- und Werkvertrag hat in Theorie und Praxis insbesondere im Hinblick auf den Akkord- oder Stücklohnvertrag schon mancherlei Schwierigkeit verursacht.[1]) Nach den Motiven[2]) soll der Unterschied darin zu erblicken sein, daß bei dem Dienstvertrag

---

[1]) Vgl. Planck Vorbem. 5 zum Titel: Dienstvertrag; Endemann § 174 zu Anm. 13 u. 14; Dernburg § 317 zu Anm. 9; Lotmar S. 328. Nicht klar sind die Ausführungen von Wolff, der Gewerbetreibende und sein Recht (Huberti) S. 85.

[2]) Mot. B. II S. 460; ebenso Hachenburg a. a. O. S. 215; mit der Miete hat der Arbeitsvertrag lediglich nichts mehr gemeinsam; es ist daher irreführend, wenn Nelken S. 352 vom „Vermieten“ der Arbeitskraft spricht.

Gegenstand der Verpflichtung des Arbeiters „die Dienste für sich betrachtet oder die Arbeit als solche“ sei, während der Werkvertrag „ein Werk oder das Erzeugnis der Dienste oder der Arbeit“ zum Gegenstand habe. Diese Unterscheidung ist offensichtlich in Erinnerung an die alte locatio conductio operarum und operis gemacht. Das Schlagwort von der Arbeit als solcher ist nun aber für die jetzige Zeit ganz unbrauchbar.[3]) Dem Schneidermeister, der den ihm von einem Kunden übergebenen Stoff seinem Gesellen zur Anfertigung eines Anzugs aushändigt, kommt es gerade so wie seinem Kunden gar nicht bloß auf „die Dienste für sich betrachtet“, „die Arbeit als solche“, sondern wohl wesentlich auf das Erzeugnis der Arbeit, das „Arbeitsresultat“ an, mag er nun seinen Gesellen im Zeitlohn oder Stücklohn beschäftigen. Den Unterschied beider Verträge kann man nicht durch Zuhilfenahme solcher der römischen Anschauungswelt entnommenen Schlagworte feststellen; vielmehr läßt er sich nur finden, wenn man ihre soziale Funktionen ins Auge faßt. Bei dem Werkvertrag ist der Arbeiter, der hier im Gesetz bezeichnenderweise „Unternehmer“ heißt, von seinem Arbeitgeber, dem „Besteller“ sozial durchaus unabhängig. Dagegen kann der Arbeiter bei dem Dienstvertrag von seinem Arbeitgeber sozial abhängig sein; bei dem gewerblichen Arbeitsvertrag ist er dies immer. Diesem Gesichtspunkt, der seine Begründung in der Entwicklung der modernen Produktionsverhältnisse findet, hat der Gesetzgeber durch die Konstruktion der beiden Vertragsverhältnisse Rechnung getragen. Bei dem Werkvertrag trägt der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme des Werks (§ 644 B.G.B.). Dieser Satz entspricht durchaus der selbständigen Stellung des Unternehmers, welche der des Verkäufers ähnlich ist. Darf man dem Arbeiter, bloß weil er zufällig im Akkord arbeiten muß, diese Gefahr, die einen Teil des den Unternehmer von Rechts wegen treffenden Risikos bildet, aufbürden, obgleich er bezüglich der Einteilung der Arbeitszeit, der Wahl des Arbeitsorts, der Disziplin an der Arbeitsstätte, der Bestimmung des Materials u. s. w. vom Arbeitgeber durchaus abhängig ist? Er hat ja nicht wie der Unternehmer die Möglichkeit der freien Bewegung und der Erlangung des Unternehmerprofits; er muß deshalb auch nicht die Gefahr tragen.[4]) Man würde bei einer solchen Überwälzung der Gefahr auf den Akkordarbeiter, die bei einer Unterstellung des Akkordlohnvertrags unter den Werkvertrag geboten wäre, auch gewiß den Tendenzen des Gesetzgebers, die dieser z. B. im § 616 B.G.B. zum

3) Vgl. auch unten § 22 zu Anm. 32.

4) Ebenso Eucken im Gew.-G. 6, 193.

Ausdruck gebracht hat, nicht gerecht werden. Endlich müßte man im Hinblick auf § 649 B.G.B. annehmen, daß die §§ 122—124 G.O., welche die Praxis übereinstimmend auch bei dem Akkordlohnvertrag anwendet, für diesen eben durch § 649 aufgehoben seien.[5]) Diese Folgerung ist weder im B.G.B., noch sonst irgendwo auch nur angedeutet. Wenn man die Struktur, welche der Gesetzgeber dem Dienst- und Werkvertrag im B.G.B. gegeben hat, nicht bloß vom juristischen, sondern auch vom sozialpolitischen Standpunkt richtig würdigt, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß der gewerbliche Arbeitsvertrag, also auch der gewerbliche Akkordlohnvertrag, niemals ein Werkvertrag im Sinn des B.G.B. sein kann.[6])

Es bleibt von den Vertragskategorien des B.G.B. für den gewerblichen Arbeitsvertrag nur der Dienstvertrag übrig.

§ 3.

Die Arten des gewerblichen Arbeitsvertrags.

Der gewerbliche Arbeitsvertrag ist der Vertrag, durch den der gewerbliche Arbeiter seinem Arbeitgeber die Leistung gewerblicher Arbeit verspricht. Die wichtigsten Erscheinungsformen oder Arten dieses Vertrags sind folgende:

1. der Lehrvertrag,
2. der Zeitlohnvertrag,
3. der Akkord- oder Stücklohnvertrag.

Außerdem sind hier noch zu erwähnen der partiarische Arbeitsvertrag, d. h. der Arbeitsvertrag mit Gewinnbeteiligung des Arbeiters,[1]) der Arbeitsvertrag mit Prämiensystem, der prinzipiell unentgeltliche Auftrag. Da diese drei Arten des Arbeitsvertrags aber in der Praxis selten vorkommen und die ersten beiden auch dem Zeit- oder Stücklohnvertrag angegliedert werden können, so dürfen sie hier füglich beiseite gelassen werden.

---

[5]) Nach Scherer Anm. 2 zu § 621—623 soll bei Akkord im Zweifel anzunehmen sein, daß die Parteien stillschweigend eine solche Arbeitsdauer vereinbart haben, welche zur ordnungsmäßigen Herstellung der Stückzahl nötig ist. Wie ist es nun aber, wenn der Arbeiter teils im Akkord, teils im Zeitlohn arbeitet? Wie soll man hier über § 122 G.O. wegkommen?

[6]) a. M. Neukamp im Verwaltungsarchiv B. 5 S. 225, der den Akkordvertrag als Werkvertrag ansieht.

[1]) Vgl. hierüber Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte (1897).

Über die Frage, welchem Vertragstypus der Lehrvertrag[2]) zu unterstellen sei, besteht viel Streit. Bald wird er als Dienstvertrag,[3]) bald als Werkvertrag[4]) angesehen. Mit Rücksicht auf die eigenartigen Spezialvorschriften, welche die G.O. und das H.G.B. für den Lehrvertrag gegeben haben, wird es das richtigste sein, wenn man ihn als einen Arbeitsvertrag sui generis ansieht.[5]) Da das B.G.B. im allgemeinen keine Bestimmungen gibt, durch welche die Spezialvorschriften der G.O. geändert oder modifiziert werden, kann in dem Rahmen dieser Schrift auf den gewerblichen Lehrvertrag nicht weiter eingegangen werden; es ist daher hier auf die bekannten Kommentare zur G.O. zu verweisen.[6])

Der Zeitlohnvertrag ist derjenige Arbeitsvertrag, bei dem die Vergütung, der Lohn des Arbeiters nach Zeiteinheiten (Stunden-, Tag-, Wochen-, Monatlohn) berechnet wird. Die Bestimmungen, welche das B.G.B. in dem Titel über den Dienstvertrag gibt, sind fast durchweg auf den Zeitlohnvertrag geradezu zugeschnitten.

Der Akkord- oder Stücklohnvertrag ist, wie bereits oben ausgeführt worden ist, kein Werkvertrag. Die Bestimmungen, welche das B.G.B. in dem Titel über den Werkvertrag gibt, können daher auf den Akkordlohnvertrag niemals, auch nicht analog Anwendung finden. Denn der bereits oben hervorgehobene grundsätzliche Unterschied in dem Aufbau beider Verträge verbietet auch die Verwendung der Analogie.

Der Akkordlohnvertrag ist aber auch kein reiner Dienstvertrag im Sinn des B.G.B. Dies hat der Gesetzgeber verkannt und infolgedessen die für die Praxis so notwendigen Sonderbestimmungen über diesen Vertrag nicht gegeben. Die zeitliche Kündigungsfrist muß bei vielen Akkordlohnverträgen zu geradezu unentwirrbaren Streitigkeiten über die Fertigstellung der Akkordarbeit und der Abrechnung führen;[7]) sie steht eben mit dem Wesen vieler Akkordlohnverträge im Widerspruch. Das B.G.B. sowohl wie die G.O. geht aber davon aus, daß die Einhaltung einer nach Zeiteinheiten zum voraus genau festgelegten Kündigungsfrist für die Lö-

---

[2]) Vgl. über den Lehrvertrag im allgemeinen Stieda in Conrads Handwörterb. der Staatswissensch. B. 4 S. 1014; Burchard S. 77 ff.; Stadthagen S. 231 ff.; Köhne, die Arbeitsordnungen S. 136.

[3]) So Hachenburg a. a. O. S. 169 u. Hachenburg u. Düringer zu § 76 H.G.B.; a. M. Cosack § 143 Z. 2.

[4]) So Mandry-Geib § 46.

[5]) Ähnlich Planck Vorbem. 5 zu § 611 B.G.B.; Schenkel Anm. 4 zu § 126 G.O. („Unterart des Arbeitsverhältnisses").

[6]) Über § 1822 Z. 6 B.G.B. s. unten § 8 Anm. 8.

[7]) Vgl. hiezu auch Lotmar S. 532—536 u. unten § 20 zu Anm. 11.

sung des Arbeitsverhältnisses den normalen Fall bilden solle. Zum Wesen des Akkordlohnvertrags gehört weiter, daß die Parteien sich über die Höhe des Akkordlohns vor Beginn der Arbeit geeinigt haben.[8]) Beide Teile laufen ein gewisses Risiko; der Arbeitgeber will den Arbeiter zu möglichst intensiver Arbeit anspornen, der Arbeiter will möglichst rentabel arbeiten. Es ist daher ein Unding, wenn der Akkordpreis erst im Lauf oder gar erst nach Beendigung der Arbeit vom Arbeitgeber „festgesetzt" wird. In Wahrheit ist hier gar kein Akkordvertrag zustande gekommen. Nun behandelt aber eben der Gesetzgeber den Akkordlohnvertrag als Dienstvertrag;[9]) man wird daher lege lata den Schluß, daß ein Akkordlohnvertrag nicht zustande gekommen sei, nicht ziehen dürfen, sondern § 612 Abs. 2, 315, 316 B.G.B. zur Anwendung bringen müssen. Der Gesetzgeber hat die wirtschaftliche Bedeutung des Akkordlohnvertrags nicht genügend gewürdigt; hätte er dies getan, so hätte er ihn im Gesetz nicht mit Stillschweigen übergehen können.

Die Praxis hat sich bisher mit dem Satz beholfen, daß der Akkordlohnvertrag auch ein Dienstvertrag sei, bei dem nur insofern eine Modifikation bestehe, als der Lohn nicht wie bei dem Zeitlohnvertrag nach Zeiteinheiten, sondern nach dem Maß, der Stückzahl der Arbeitsleistung zu berechnen sei.[10]) Ein Unterschied würde hienach zwischen den beiden Vertragsarten nur bezüglich des Berechnungsmaßstabs bestehen. Obgleich diese Annahme das Wesen der Sache nicht trifft, wird bei dem Mangel besonderer gesetzlicher Bestimmungen nichts anderes übrig bleiben, als daß die Praxis auch in Zukunft unter Zugrundlegung des erwähnten Notbehelfs Recht spricht, den Akkordlohnvertrag also als Dienstvertrag im Sinn des B.G.B. behandelt. Sie wird daher wie bisher auf diesem Gebiet mehr Recht schaffen, als anwenden müssen.

Keine besondere Art des gewerblichen Arbeitsvertrags ist der Tarifvertrag oder kollektive Arbeitsvertrag. Denn er kann die erwähnten Arten des Arbeitsvertrags neben einander zum Gegenstand haben; seine charakteristische Besonderheit besteht lediglich in der Art des Vertragsabschlusses (s. hierüber unten § 6).

---

[8]) Vgl. G.G. Zwickau im Gew.-G. 4 S. 6; Köhne, die Arbeitsordnungen S. 194.

[9]) Vgl. Mot. B. II S. 460, wo eine Bestimmung darüber, daß der Lohn nach Stücken oder nach Zeitabschnitten festgesetzt werden könne, für entbehrlich, weil selbstverständlich, erklärt wird; s. auch Prot. B. II S. 280.

[10]) Vgl. z. B. Unger M. 3; Lotmar, der Akkord- u. Zeitlohnvertrag als Grundformen aller Arbeitsverträge ansieht, weist S. 343 darauf hin, daß Zeitlohnvertrag u. Akkord einerseits und Dienstvertrag u. Werkvertrag andererseits sich keineswegs decken.

§ 4.

Das Verhältnis der G.O. zum B.G.B. im allgemeinen.

Das E.G. zum B.G.B. enthält in Art. 32 folgende Bestimmung:

„Die Vorschriften der Reichsgesetze bleiben in Kraft. Sie treten jedoch insoweit außer Kraft, als sich aus dem B.G.B. oder aus dem E.G. die Aufhebung ergibt“.

Der Art. 36 des E.G. gibt Bestimmungen, durch welche einige Paragraphen der G.O. ausdrücklich abgeändert werden. Diese Abänderungen sind aber durchaus untergeordneter Natur. Eine Bestimmung, durch welche z. B. die Vorschriften der G.O. über die 14 tägige Kündigungsfrist, die gesetzlichen Entlassungs- und Austrittsgründe aufgehoben werden, enthält das E.G. nicht.

Es ist die Behauptung aufgestellt worden, daß alle privatrechtlichen Bestimmungen, welche die G.O. über den gewerblichen Arbeitsvertrag gibt, insoweit durch die Vorschriften des B.G.B. über den Dienstvertrag aufgehoben worden seien, als das B.G.B. die gleiche Materie zum Gegenstand seiner Vorschriften gemacht habe wie die G.O. So wurde insbesondere die Frage, ob die §§ 123, 124, 124a G.O. durch § 626 B.G.B. aufgehoben und ersetzt seien, eingehend erörtert.[1]) Der hierüber entstandene Widerstreit der Ansichten hat sogar eine Petition der deutschen Gewerbegerichte an den Reichstag gezeitigt.[2]) Im Reichstag gab bei Besprechung der Frage der Regierungsvertreter v. Schicker folgende Erklärung ab:[3])

„Nach Anschauung der verbündeten Regierungen ist es nicht richtig, daß die Bestimmungen der §§ 123—124a G.O. durch den § 626 B.G.B. aufgehoben sind. Wenn auch nicht bestritten werden kann, daß indirekt eine gewisse Beeinflussung und Ergänzung der G.O. durch das B.G.B. bewirkt wird, so muß jedenfalls daran festgehalten werden, daß, soweit nicht das E.G. des

---

1) Für die Aufhebung haben sich ausgesprochen: Decker u. v. Blume im Gew.-G. 4 S. 57, 69, 90, letzterer auch im Verwaltungsarchiv B. 7 S. 481, wohl auch Crome, die p. R. S. 243; dagegen: Schäfer, Fuld, Schalhorn, Brandis im Gew.-G. 4 S. 57, 70, 77, 104; Dernburg II, 2 § 309; Neukamp im Verwaltungsarchiv B. 5 S. 227; Stadthagen S. 107; Nelken S. 609; Lotmar S. 544.

2) Vgl. Gew.-G. 4 S. 19 u. 105, auch Nr. 393 der Drucksachen des Reichstags von 1899.

3) Reichstagsprot. v. 1899 S. 3037 u. dazu Cuno im Gew.-G. 5 S. 82.

B.G.B. die Bestimmungen der G.O. geändert hat, die G.O. nach Art. 32 E.G. ungeändert geblieben ist. Bei § 626 war jedermann sich klar darüber, daß diese Bestimmung nur insoweit Geltung haben könne, als nicht für einzelne Kategorien der Arbeiter Spezialbestimmungen erlassen oder zu erlassen sind".

Diese Ausführungen fanden im Reichstag allseitige Zustimmung, so daß der Berichterstatter sagen konnte, man dürfe nach diesen Erklärungen annehmen, daß in der Praxis bezüglich des Inhalts der §§ 123—124a G.O. Zweifel nicht Platz greifen werden. Es kann somit nicht bestritten werden, daß nach der Ansicht des Gesetzgebers die Vorschriften, welche die G.O. über die privatrechtliche Seite des gewerblichen Arbeitsvertrags gibt, durch das B.G.B. jedenfalls nicht in ihrer Gesamtheit aufgehoben worden sind. Es ist denn auch in der Praxis keine Entscheidung bekannt geworden, in der die Aufhebung der §§ 123 bis 124a G.O. angenommen wäre. Daß der Gesetzgeber diese Ansicht auch schon bei der Schaffung des B.G.B. gehabt hat, geht übrigens auch schon aus seiner Entstehungsgeschichte hervor.[4]) Sie ist auch durchaus richtig, weil sie dem allgemein anerkannten Grundsatz, daß ein Spezialgesetz dem allgemeinen Gesetz als Sonderrecht vorgeht, entspricht.[5])

Damit soll aber, wie auch v. Schicker in der erwähnten Erklärung angedeutet hat, keineswegs gesagt sein, daß das B.G.B. gar keinen Einfluß auf den Inhalt der G.O. ausübe. Vielmehr ist anzunehmen, daß die privatrechtlichen Bestimmungen der G.O. insoweit stillschweigend aufgehoben sind, als sie mit den grundsätzlichen Vorschriften des B.G.B. im Widerspruch stehen oder von Voraussetzungen ausgehen, die zwar nach dem gemeinen Recht, nicht aber nach dem B.G.B. zutreffend sind.[6]) Hier „ergibt sich" die Aufhebung aus dem B.G.B. (Art. 32 E.G.), weil ohne weiteres anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber bezüglich der allgemeinen Privatrechtsgrundsätze Einheitlichkeit auf dem ganzen Gebiet des Privatrechts herstellen wollte. Dagegen bleiben die Sondervorschriften

---

[4]) Vgl. Mot. zum 1. Entw. B. I S. 27: „Die den Gewerbestand betr. Sondernormen liegen außerhalb des Bereichs der gegenwärtigen Kodifikation"; ferner Mot. zum 1. Entw. des E.G. S. 68 u. 69; Mot. zum 2. Entw. B. II S. 455: „Die besonderen reichsgesetzl. Bestimmungen der §§ 105—139b, 154 G.O. bleiben, nach Maßgabe der Vorschriften des E.G. unberührt"; vgl. auch die Denkschrift zu § 604 ff. u. Prot. B. II S. 298 u. 299.

[5]) Ebenso Schalhorn, v. Frankenberg, Brandis im Gew.-G. 4 S. 77, 101, 104; Planck Vorbem. zu § 611 u. Anm. 1 zu § 620; Scherer Anm. 1 zu § 611; Neukamp a. a. O. S. 215.

[6]) Vgl. Crome, System I § 9, der ebenfalls auf den Weg der Auslegung verweist.

der G.O. ebenso wie die des H.G.B. durchaus in Kraft insoweit, als sie Gegenstände behandeln, welche das B.G.B. in dem Titel über den Dienstvertrag regelt.[7]) Als ergänzendes Recht ist aber nach Art. 4 des E.G. auch gegenüber der G.O. durchaus das B.G.B. maßgebend.[8])

Die Vorschriften, welche das B.G.B. in den §§ 611—630 enthält, sind also auf den gewerblichen Arbeitsvertrag nur dann anzuwenden, wenn die G.O. keine Bestimmung gibt, welche sich mit dem gleichen Gegenstand beschäftigt. Dagegen müssen die Bestimmungen der G.O. den sog. allgemeinen Lehren des B.G.B. angepaßt werden. Die ergänzende Funktion des B.G.B. wird von einer ganz besonderen Bedeutung bei allen Bestimmungen der G.O., die von einer gewissen Voraussetzung, z. B. der Zulässigkeit der Aufrechnung von Forderungen gegen die Lohnforderung, ausgehen.[9]) Diese Bestimmungen sind gegenstandslos geworden und zwar insoweit, als ihre Voraussetzungen nach den Vorschriften des B.G.B. nicht mehr zutreffen.

§ 5.

Die allgemeinen Bestimmungen des B.G.B. über die Verträge.

Der entgeltliche gewerbliche Arbeitsvertrag, der nach den im § 4 gegebenen Ausführungen, abgesehen vom Lehrvertrag, als Dienstvertrag im Sinn des B.G.B. anzusehen ist, ist ein gegenseitiger Vertrag. Der Arbeiter verspricht die Leistung gewerblicher Arbeit, der Arbeitgeber verspricht dagegen Entlohnung. Es gelten somit für den gewerblichen Arbeitsvertrag die allgemeinen Vorschriften, welche das B.G.B. im allgemeinen Teil und im Recht der Schuldverhältnisse für alle Verträge gegeben hat; besonders hervorzuheben sind hier die §§ 145 ff. und 320 ff. B.G.B.

Es kann nun nicht die Aufgabe einer Einzeldarstellung sein, die Bedeutung aller dieser allgemeinen Vorschriften für den gewerblichen Arbeitsvertrag erschöpfend zu erörtern.[1]) Vielmehr sollen im Rahmen dieser Schrift nur diejenigen Bestimmungen besprochen werden, welche bei der praktischen Rechtssprechung am häufigsten anzuwenden sind. Die Darstellung wird sich zunächst mit folgenden Kapiteln zu beschäftigen

---

7) Vgl. Staub Anm. 1 zu § 66 H.G.B.

8) Ebenso Planck a. a. O.; s. auch Endemann B. I § 173 zu Note 23.

9) Ebenso Neukamp a. a. O. S. 215.

1) Vgl. hierüber die Lehrbücher zum B.G.B.

haben: Abschluß (§ 6) und Fähigkeit zum Abschluß (§ 7) und Form (§ 8) des gewerblichen Arbeitsvertrags; der Grundsatz der Vertragsfreiheit und seine gesetzlichen Beschränkungen (§ 9—11); Verzug und nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung (§ 12 und 13).

§ 6.

Der Abschluss des gewerblichen Arbeitsvertrags.

Der gewerbliche Arbeitsvertrag besteht, wie jeder Vertrag, in der Vereinigung zweier Willenserklärungen.[1] Mit dem Austausch der Parteierklärungen, aus welchen diese Vereinigung im Weg der Auslegung zu entnehmen ist, ist der Vertrag abgeschlossen.

Das B.G.B. gibt in den §§ 145—155 eine Reihe von Vorschriften, welche sich mit dem Zustandekommen des Vertrags beschäftigen. Da sich bezüglich dieser Vorschriften Besonderheiten auf dem Gebiet des gewerblichen Arbeitsvertrags nur bei den Arbeitsordnungen und Tarif- oder kollektiven Arbeitsverträgen ergeben, so erübrigt sich hier eine allgemeine Erörterung derselben. Hervorgehoben werden mögen hier nur zwei in der Praxis nicht selten vorkommende Fälle:

1. Der Arbeiter, der von einem Arbeitgeber in mündlicher Unterredung ein Arbeitsangebot bekommt, muß sich sofort darüber erklären, ob er das Angebot annehmen wolle oder nicht. Geht er, wie dies in der Praxis häufig vorkommt, weg, ohne eine Erklärung abzugeben, so ist der Arbeitgeber an sein Angebot nicht mehr gebunden, es sei denn, daß er dem Arbeiter ausdrücklich oder stillschweigend eine präklusiv wirkende Frist für die Annahme seines Angebots gesetzt hat (§§ 147, 148 B.G.B.).[2]
2. Der § 154 Abs. 1 B.G.B. bezieht sich nur auf den Fall, wenn eine Einigung der Parteien über einen Vertragspunkt, über den nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, nicht erfolgt.[3] Erklärt der Arbeitgeber

---

[1] Vgl Windscheid II § 305, der Arbeitsvertrag kann natürlich auch durch Bevollmächtigte der Parteien abgeschlossen werden: die Arbeitsnachweise haben aber keine Abschlußvollmacht (ebenso G.G. Berlin bei Unger Nr. 35 und im Gew.-G. 3 S. 136).

[2] Vgl. Endemann I § 69.

[3] Das B.G.B. hat besondere Bestimmungen über den Vorvertrag nicht gegeben; die Mot. I S. 178 u. 184 anerkennen den Vorvertrag an sich als wirksames Rechtsgeschäft, verneinen aber das Bedürfnis einer besonderen Regelung desselben. Ob ein Vorvertrag in dem im Gew.-G. 4 S. 99 erwähnten Fall vorlag, wie die Redaktion annahm, muß als sehr zweifelhaft erscheinen.

dem bei ihm nach Arbeit fragenden Arbeiter, er stelle ihn ein, wenn er sich mit ihm auf einen Stundenlohn von 35 ₰ einige, so ist der Arbeitsvertrag nicht abgeschlossen, wenn der Arbeiter zum Eintritt sich zwar bereit erklärt, aber 40 ₰ Stundenlohn verlangt. Fängt nun aber der Arbeiter, obgleich eine Einigung der Parteien über die Höhe des Lohns nicht erfolgt ist, im Einverständnis mit dem Arbeitgeber doch mit der Arbeit an, so muß angenommen werden, daß der eine oder andere Teil stillschweigend den Vorschlag des Gegenkontrahenten genehmigt habe.[4] Welchem von beiden gegenüber das Präjudiz der Genehmigung Platz greift, läßt sich nur unter Würdigung der Sachlage im einzelnen Fall entscheiden. Immerhin wird man sagen können, daß im allgemeinen der Wille des Nachgebens häufiger bei dem Arbeiter, der das Arbeitsangebot zum Zweck seines wirtschaftlichen Fortkommens eben meistens annehmen muß, vorliegen wird. Verfehlt wäre in diesem Fall die Heranziehung des § 612 Abs. 2 B.G.B., denn die Höhe der Vergütung ist hier bestimmt. Anders liegt die Sache, wenn die Parteien sich bei dem Abschluß des Vertrags über einen wesentlichen Vertragspunkt, z. B. die Dauer der maßgebenden Kündigungsfrist, die Höhe der Vergütung überhaupt nicht ausgesprochen haben. Hier ist der Vertrag abgeschlossen; bezüglich der offen gelassenen Punkte greift das ergänzende Recht ein (vgl. z. B. § 122 G.O., § 612 Abs. 2 B.G.B.).[5]

In einem gewissen Zusammenhang mit der Lehre über den Abschluß des Vertrags steht die Frage, wann der Inhalt einer Arbeitsordnung und eines Tarif- oder kollektiven Arbeitsvertrags für das Vertragsverhältnis im einzelnen Fall maßgebend ist. Denn es handelt sich darum, festzustellen, ob zum Abschluß des einzelnen Arbeitsvertrags eine ausdrückliche Einigung der Parteien über jenen Inhalt notwendig sei.

a) Das Institut der Arbeitsordnung[6] ist in den §§ 133a ff. G.O.

---

[4] Nimmt der Arbeiter vor der beabsichtigten Beurkundung des Vertrags die Arbeit auf, so wird man den Vertrag trotzdem schon als geschlossen ansehen dürfen (vgl. § 154 Abs. 2 B.G.B. „im Zweifel").

[5] Vgl. Unger Nr. 54.

[6] Vgl. Köhne, die Arbeitsordnung und Köhne, die Arbeitsordnung vom Standp. der vergl. Rechtswissenschaft u. die Arbeitsordnungen im deutschen Gewerberecht, sowie die dort angegebene Literatur; Besprechungen der 2. Schrift hiezu s. Zeitschr. für Sozialwissensch. 1901 (Bornhak) u. Gew.-G. 6 S. 208 u. 7 S. 167; vgl. ferner die Kommentare zur G.O.

nur teilweise geordnet, insofern nur bezüglich derjenigen Arbeitsordnungen, welche in Fabriken mit in der Regel mindestens 20 Arbeitern und nach § 154 Abs. 2 G.O. zu erlassen sind, gesetzliche Vorschriften gegeben sind. Diese Vorschriften sind durch das B.G.B. im allgemeinen [7]) nicht alteriert worden. Jedoch ist hier die Streitfrage, wann die Arbeitsordnung für den einzelnen Arbeiter gelte, zu besprechen. Denn bei der Entscheidung dieser Streitfrage kommen auch die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts über den Vertragsabschluß in Betracht.

In der Begründung [8]) zu der Novelle vom 1. Juni 1891, welche die Vorschriften der G.O. über die Arbeitsordnung gebracht hat, ist über sie u. a. folgendes gesagt:

> „Sie ist die bestimmte und klare Kundgebung der Bedingungen des Arbeitsvertrags, aus der jeder Arbeiter sich über seine Rechte und Pflichten jederzeit unterrichten kann, sie stellt ein für allemal die Bedingungen auf, welche der Arbeitgeber den bei ihm Beschäftigung suchenden Arbeitern anbietet und denen sich daher jeder Arbeiter, der in die Beschäftigung eintreten will, unterwerfen muß“ und weiter:
>
> „Der § 134c bringt zum Ausdruck, daß die Arbeitsordnung die Grundlage des Arbeitsvertrags ist und daß die darin enthaltenen Bestimmungen für die gegenseitigen Rechte und Pflichten des Arbeitgebers und der Arbeiter maßgebend sind“.

Geht man nun mit den Motiven davon aus, daß die Arbeitsordnung nur die „Grundlage“ des Arbeitsvertrags sei, so wird man in ihr zunächst nichts anderes erblicken können, [9]) als die vom Arbeitgeber dem Arbeiter gemachten Vertragsofferte über die einzelnen Vertragspunkte. Diese Vertragsofferte führen zur Einigung der Parteien, also zum Abschluß des Vertrags durch ihre Annahme seitens des Arbeiters. Die Annahme kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen: es genügt die Feststellung, daß die Arbeitsordnung irgendwie, z. B. durch Unterlassung eines Widerspruchs zum Bestandteil des Arbeitsvertrags gemacht worden ist; aber immer muß der Annahmewille des Arbeiters erwiesen werden. Gegen diese Sätze, die den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften über den Vertragsabschluß entsprechen, ließe sich keine Einwendung machen,

[7]) Über § 134b Z. 4 u. 5 G.O. s. unten § 19.

[8]) Drucks. des Reichstags von 1890 Nr. 4 Anl. B. I S. 21 ff.

[9]) So G.G. Gotha u. Berlin im Gew.-G. 2 S. 38 u. 40 u. bei Unger Nr. 151 Anm; G.G. Frankfurt a. M im Gew.-G. 4 S. 145; Landmann Anm. 1 zu § 134a G.O., Sinzheimer S. 38; Nelken S. 782 u. die bei Köhne S. 24 zitierten Schriftsteller.

wenn nicht die G.O. selbst Anlaß zu Zweifel bieten würde. Die Arbeitsordnung wird vom Arbeitgeber ohne maßgebende Mitwirkung der Arbeiter erlassen.[10]) Der § 134a G.O. schreibt vor: „Der Erlaß der Arbeitsordnung erfolgt durch Aushang"; der § 134c: „Der Inhalt der Arbeitsordnung ist, soweit er den Gesetzen nicht zuwiderläuft, für die Arbeitgeber und Arbeiter rechtsverbindlich"; der § 134e: Die Arbeitsordnung ist jedem Arbeiter bei seinem Eintritt in die Beschäftigung zu behändigen".

Diese Bestimmungen haben eine Streitfrage gezeitigt, an der der Dogmatiker und der Praktiker gleichmäßigen Anteil haben. Vom dogmatischen Standpunkt aus wird den Anhängern der Vertragstheorie entgegengehalten, daß von einem Vertrag doch nicht die Rede sein könne, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsordnung durchaus einseitig zu erlassen befugt sei und wenn sie für den Arbeiter ohne Rücksicht darauf, ob er ihren Inhalt kenne oder nicht, mit seinem Eintritt in die Beschäftigung maßgebend sei. Die extremen Gegner der Vertragstheorie erklären die Arbeitsordnung geradezu für objektives Recht, für ein vom Fabrikbesitzer kraft eigenen Rechts erlassenes Gesetz.[11]) Den Praktiker aber interessiert hauptsächlich die Frage, ob die Arbeitsordnung, sofern sie ordnungsmäßig „erlassen", also ausgehängt ist, für den einzelnen Arbeiter schon mit seinem Eintritt in die Fabrik oder erst mit der Aushändigung gelte. Beide Ansichten werden in der Praxis vertreten; doch geht der weitaus überwiegende Teil der Meinungen dahin, daß die Aushändigung nicht die Wirksamkeit der Arbeitsordnung für den einzelnen Arbeiter bedinge.[12]) Die Gegner [13]) haben sich die Frage, ob bei unterlassener

---

[10]) Der Arbeitgeber muß die Arbeiter zwar nach § 134 d. G.O. vor Erlaß der Arbeitsordnung hören; er kann aber nicht gezwungen werden, ihren Wünschen Rechnung zu tragen, wenn die Arbeitsordnung nur gegen keine zwingende Gesetzesvorschrift verstößt.

[11]) So Rehm in Hirths Annalen des d. Reichs 27 S. 132 ff.; vgl. die bei Köhne S. 25 u. 27 weiter zitierten Schriftsteller. Apt im Archiv für öffentl. R. 15 S. 331, 332 erklärt die Arbeitsordnung für eine einseitige Willenserklärung des Fabrikherrn, welcher frühestens zwei Wochen nach ihrem Erlaß kraft Gesetzes Rechtsverbindlichkeit für beide Teile zukomme; Schenkel Anm. 1 zu § 134e G.O. spricht von einer „autonomen Festsetzung von Rechtsnormen".

[12]) So G.G. Frankfurt, Zeitz, Bremen im Gew.-G. 2, 40; 5, 235; 6, 94; auf dem Verbandstag der G.G. von 1901 ist der gegenteilige Standpunkt bloß von Arbeiterbeisitzern verfochten worden (G.G. 7, 70); so ferner Nelken S. 359; Schicker Anm. 2 zu § 134c G.O.; Lotmar S. 232; Burchardt S. 76 u. 77 und selbstverständlich die dogmatischen Gegner der Vertragstheorie (Köhne S. 33 und die Arbeitsordnungen S. 157; Rehm a. a. O.; Schenkel Anm. 3 zu § 134c G.O.).

[13]) Vgl. z. B. G.G. Berlin u. Nordhausen im Gew.-G. 2 S. 38 (auch Unger Nr. 151) u. 7, 127; Stadthagen S. 216.

Aushändigung der Arbeitsordnung nicht der ganze Arbeitsvertrag nach § 125 B.G.B. nichtig sei, anscheinend noch nicht vorgelegt. Die Ansicht, daß zur Wirksamkeit der Arbeitsordnung die Aushändigung nicht notwendig ist, ist gewiß die richtige. Dies geht, wie im Rahmen dieser Schrift nicht näher ausgeführt werden kann, aus der G.O. selbst hervor;[14]) außerdem aber entspricht diese Ansicht den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Der Arbeiter, der bei Abschluß des Arbeitsvertrags weiß, daß er in eine Fabrik mit mindestens 20 Arbeitern eintreten wird, muß auch wissen, daß dort eine Arbeitsordnung vorhanden ist; denn ihr Vorhandensein beruht auf gesetzlicher Vorschrift.[15]) Läßt er sich vor seinem Eintritt über den Inhalt der Arbeitsordnung nicht besonders aufklären, so muß nach § 157 B.G.B. angenommen werden, daß er sich ihr stillschweigend unterworfen habe.[16]) Die Arbeitsordnung ist somit genereller Vertragsinhalt,[17]) den der Arbeiter durch den Abschluß des gewerblichen Arbeitsvertrags als Arbeiter in einer Fabrik mit mindestens 20 Arbeitern kraft gesetzlicher Vorschrift genehmigt. Sie kennzeichnet sich durch ein eigentümliches Gemisch von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Grundsätzen.[18])

Hat der Arbeiter bei dem Abschluß des Vertrags keine Kenntnis davon gehabt, daß er in eine Fabrik, in der kraft gesetzlicher Vorschrift eine Arbeitsordnung erlassen ist, eingetreten ist, so hat er sich in einem tatsächlichen Irrtum über den Vertragsinhalt befunden. Er kann daher den Abschluß des Vertrags gemäß § 119 ff. B.G.B. anfechten,[19]) wenn anzunehmen ist, daß er die Abschlußerklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falls nicht abgegeben hätte. Diese Annahme wird höchst selten zutreffen. Ist die Anfechtung, die nach § 121 B.G.B. unverzüglich erfolgen muß, begründet, so ist der ganze Arbeitsvertrag nach § 142 B.G.B. nichtig. Den Parteien stehen dann gegenseitig keinerlei Vertragsansprüche, sondern höchstens Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung zu.

---

[14]) S. die in Anm. 12 zitierten.

[15]) Diese Vorschrift muß der Arbeiter ebenso kennen, wie z. B. § 122 G.O., entsprechendes hat bei § 154 Abs. 2 G.O. zu gelten.

[16]) Ebenso G.G. u. L.G. Berlin im Gew.-G. 2, 42 u. Unger Nr. 151; auch Nelken S. 782 u. 783.

[17]) Ebenso Köhne a. a. O. S. 29 u. Köhne, die Arbeitsordnungen S. 122.

[18]) Vgl. Seydel, bair. Staatsrecht V S. 712: Der Erlaß der Arbeitsordnung sei zwar den Arbeitern gegenüber eine privatrechtliche Handlung, der Staatsgewalt gegenüber aber Erfüllung einer öffentlich rechtlichen Pflicht.

[19]) So schon die Redaktionsbemerkung im Gew.-G. 2 S. 42.

Die bisher gegebenen Ausführungen haben sich lediglich auf die nach § 134a bezw. 154 Abs. 2 G.O. obligatorischen Arbeitsordnungen bezogen. Nun werden aber Arbeitsordnungen sehr häufig in Fabriken mit weniger als 20 Arbeitern, sowie in nicht fabrikmäßig geleiteten Betrieben, insbesondere im Handwerk, erlassen. Für diese Arbeitsordnungen gelten die Vorschriften, welche die G.O. über die Arbeitsordnungen in den §§ 134a ff. gibt, nicht einmal analog.[20]) Denn die G.O. hat diese Vorschriften gerade mit Rücksicht auf die Eigenart der größeren Fabrikbetriebe gegeben. Für diese vom Gesetzgeber nicht geregelten Arbeitsordnungen kommen also lediglich die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zur Anwendung. Der Arbeiter muß keineswegs wissen, daß eine solche Arbeitsordnung im Betrieb erlassen worden ist; es kann also hier auch nicht davon die Rede sein, daß der Arbeiter sich einer solchen Arbeitsordnung durch den Abschluß des Vertrags stillschweigend unterworfen habe. Diese Arbeitsordnungen müssen vielmehr ausdrücklich oder stillschweigend von den Parteien zum Vertragsinhalt gemacht werden (vgl. § 157 B.G.B.).[21]) Der Aushang allein genügt hier niemals; vielmehr muß derjenige, der sich auf den Inhalt der Arbeitsordnung bezieht, beweisen, daß der Gegner sie genehmigt habe.

b) Der Tarifvertrag[22]) oder kollektive Arbeitsvertrag ist kein Arbeitsvertrag im technischen Sinn, sondern ein Vertrag sui generis,[23]) durch den die Arbeitgeber und Arbeiter die Arbeits- und Lohnbedingungen für ein bestimmtes Gewerbe generell festsetzen. Der Tarifvertrag kann an sich alle Fragen, welche die Parteien bei dem Abschluß des einzelnen Arbeitsvertrags durch Vereinbarung regeln können, umfassen; er kann sich aber auch nur mit einem Teil dieser Fragen, z. B. mit der Lohnfrage, befassen. Der Tarifvertrag ist gesetzgeberisch noch nicht geregelt, obgleich die Bedürfnisse der Praxis dies dringend verlangen. Bei dem

---

[20]) So die Praxis; auch Schenkel II S. 438; Nelken S. 787 u. 788; a. M. § 33 der württemb. Vollz.-Verfügung v. 26. März 1892 (vgl. auch Schicker Anm. 1 zu § 134g G.O.).

[21]) Ebenso G.G. Berlin bei Unger Nr. 53; G.G. Stuttgart im Gew.-G. 5, 73; Köhne S. 21; auch Stadthagen S. 215 und die Urteile des franz. Gewerbegerichts Reims im Gew.-G. 5 S. 109. Wegen der sog. Engagementsscheine, Arbeitsnachweiskarten vgl. Unger Nr. 50 u. Stadthagen S. 30.

[22]) Vgl. hierüber die ausgezeichnete Schrift von Ph. Lotmar im Archiv für soz. G. u. Stat. B. 15 S. 1 ff. u. Lotmar, Arbeitsvertrag S. 755 ff.; ferner Brentano in den Schriften des Vereins für Sozialpolitik B. 47 S. 129 u. in der soz. Pr. 8 S. 1368.

[23]) Ebenso Lotmar a. a. O. S. 99.

Mangel eines Spezialgesetzes über den Tarifvertrag ist die Praxis gezwungen, diesen Vertrag unter die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Verträge zu bringen. Es liegt auf der Hand, daß hiebei mancher Zweifel und auch mancher Zwang unterläuft. Denn der Tarifvertrag ist ein Rechtsgebilde, das die modernen Produktionsverhältnisse [24]) und die Entwicklung charakterisiert, welche die Stellung des Arbeiters seit den Tagen des römischen Sklavenrechts genommen hat. Es ist immer schwierig, die althergebrachten Rechtsgrundsätze im Weg der Konstruktion auf ein neues Rechtsgebilde anzuwenden. Es ist hier nicht der Ort für eine eingehende Darlegung des Tarifvertrags, zumal da Lotmar eine solche in der bereits erwähnten Schrift gegeben und dabei auch der Konstruktion die Wege gewiesen hat. Lotmar kommt zu dem Grundsatz, daß der Tarifvertrag nicht bloß für die an seinem Abschluß direkt beteiligten Gewerbegenossen maßgebend sei auf Grund „der Annahme vollmachtloser Vertretung beim Abschluß des Tarifvertrags mit der komplementären nachträglichen Genehmigung.[25]) Die Richtigkeit dieser Annahme weist Lotmar im allgemeinen in überzeugender Weise nach; nur bezüglich einiger Punkte dürfte ihm nicht beizutreten sein.

Im Zusammenhang mit der Lehre vom Abschluß des gewerblichen Arbeitsvertrags ist nur die Frage zu untersuchen, welchen Einfluß das Vorhandensein eines Tarifvertrags auf den Abschluß des einzelnen Arbeitsvertrags ausübt. Wird er in gleicher Weise Vertragsinhalt wie die Arbeitsordnung im Sinn des § 134a G.O.? Diese Frage kann nicht für alle in Betracht kommenden Fälle gleichermaßen bejaht werden.

Nehmen die Parteien beim Abschluß des einzelnen Arbeitsvertrags auf den Tarifvertrag ausdrücklich Bezug, so ist er selbstverständlich Vertragsinhalt. Ebenso ist zu entscheiden, wenn die Parteien zwar nicht ausdrücklich auf den Tarifvertrag Bezug nehmen, beide aber bei seinem Abschluß, sei es direkt, d. h. durch persönliche Beteiligung oder indirekt, d. h. durch bevollmächtigte Vertreter, mitgewirkt haben. Haben sie bei dem Abschluß des einzelnen Arbeitsvertrags über eine Frage, die im Tarifvertrag geregelt ist, keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, [26]) so muß nach § 157 B.G.B. angenommen werden, daß sie die einschlägige

---

[24]) Über Tarifverträge aus dem 14. Jahrhundert vgl. Stahl, das D. Handwerk S. 339 u. 340.

[25]) Lotmar a. a. O. S. 86.

[26]) Der Fall eines von beiden Parteien gemeinsam begangenen Tarifbruchs ist unten § 9 behandelt.

Bestimmung des Tarifvertrags, an den sie ja durch ihr Wort gebunden sind, als maßgebend ansehen wollten. Schwieriger wird die Entscheidung, wenn die eine oder gar beide Parteien an dem Abschluß des Tarifvertrags in keiner Weise beteiligt gewesen sind. [27]) Hier wird man folgendermaßen zu unterscheiden haben: Kann festgestellt werden, daß die Partei, welche am Abschluß des Tarifvertrags nicht beteiligt gewesen ist, demselben nachträglich, sei es ausdrücklich, [28]) z. B. durch Erklärung gegenüber der gegnerischen Lohnkommission, oder stillschweigend, z. B. durch Anschluß an die Organisation, welche den Abschluß des Tarifvertrags vermittelt hat, [29]) beigetreten ist, so wird man auf Grund der gleichen Erwägungen (§§ 157, 177 B.G.B.) wie in den ersterwähnten Fällen ohne weiteres annehmen müssen, daß die Bestimmungen des Tarifvertrags als subsidiärer Vertragsinhalt von den Parteien vorausgesetzt worden sind. Anders liegt die Sache jedoch, wenn ein solcher Beitritt, eine nachträgliche Genehmigung des Tarifvertrags nicht festgestellt werden kann. Die Genehmigung ist stets ein Willensakt; zur Genehmigung eines Tarifvertrags kann niemand gezwungen werden. [30]) Diese Erwägung darf die Auslegung bei Prüfung der Frage, ob aus gewissen Handlungen eine stillschweigende Genehmigung zu folgern sei, nicht außer acht lassen. Gerade in dieser Beziehung geht Lotmar [31]) zu weit, wenn er meint, daß der Tarifvertrag auch für diejenigen Kontrahenten eines einzelnen Arbeitsvertrags gelte, welche zu seinem Abschluß keine Vollmacht erteilt [32]) und ihn anfänglich auch nicht genehmigt haben, [33]) sofern sie nur keine vom Tarifvertrag abweichende Bedingungen vereinbart hätten. Lotmar meint, die Kontrahenten hätten hier gerade dadurch, daß sie keine besonderen

---

27) Beispiele: Der Arbeitgeber hat bei dem Abschluß des Tarifvertrags absichtlich nicht mitgewirkt, weil die Arbeiter in seinem Betrieb nicht gestreikt haben; der Arbeitgeber war z. Z. des Abschlusses des Tarifvertrags noch gar nicht selbständiger Unternehmer; der Arbeiter war zu dieser Zeit noch gar nicht ortsansässig; er hat nicht mitgestreikt und sich daher bei dem Abschluß des Tarifvertrags in keiner Weise beteiligt oder er hat gegen den Abschluß des Tarifvertrags gestimmt u. ähnl.

28) Vgl. Buchdruckertarif von 1896/1902; Lotmar a. a. O. S. 84.

29) Ebenso Lotmar a. a. O.

30) Vgl. Mot. zu § 70 des Gew.-G.G. u. G.G. Stuttgart im Gew.-G. 8, 40.

31) Lotmar a. a. O. S. 84 u. 85; Lotmar hat im „Arbeitsvertrag“ S. 796—799 wieder mehr Nachdruck auf das Vorhandensein des Genehmigungswillens gelegt.

32) Beispiele: Ortsabwesenheit, spätere Eröffnung des Gewerbebetriebs u. s. w.

33) Beispiel: Ablehnung einer Teilnahme an den Tarifvertragsverhandlungen.

eigenen Abmachungen getroffen haben, den Willen erklärt, „nach der gemeinen Regel, d. h. gleich ihren Berufsgenossen behandelt zu werden“. Bei dieser Auslegung wird nicht mehr der freie Wille erforscht, sondern ein Zwang ausgeübt. Einen solchen Zwang darf das Gesetz ausüben, nicht aber die Auslegung. Liegen die Voraussetzungen des § 134 a. G.O. vor, so muß der Arbeiter kraft gesetzlicher Vorschrift Kenntnis von dem Vorhandensein einer Arbeitsordnung haben; das Vorhandensein eines Tarifvertrags muß nach Lage des Gesetzes keine Partei kennen. Die subsidiäre Norm für Vertragspunkte, welche die Parteien nicht geregelt haben, ist nicht der Tarifvertrag, sondern das Gesetz. Dies ist z. B. im § 122 G.O. ganz unzweideutig zum Ausdruck gebracht. Hat ein Arbeitgeber oder ein Arbeiter bei den Tarifvertragsverhandlungen ganz ausdrücklich erklärt, daß er sich dem Tarifvertrag unter keinen Umständen unterwerfen werde, so darf man, falls man sich nicht einer Vergewaltigung des freien Willens der Parteien schuldig machen will, nicht sagen, bei dem Mangel einer ausdrücklichen Vereinbarung über die Dauer der maßgebenden Kündigungsfrist gelte die Bestimmung des Tarifvertrags, wonach das Arbeitsverhältnis jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gelöst werden könne. Bei dem Mangel einer solchen Vereinbarung gilt ja eben nach § 122 G.O. die 14 tägige Kündigungsfrist. Es ist nichts anderes, als ein unzulässiger Zwang, wenn man in einem derartigen Fall das Präjudiz der Genehmigung annimmt, obgleich der von ihm Betroffene von dem Vorhandensein eines Tarifvertrags gar keine Kenntnis hatte oder es gar ausdrücklich abgelehnt hat, sich ihm zu unterwerfen.[34]) In diesen Fällen kann der Inhalt eines Tarifvertrags nur für diejenigen Fragen von Bedeutung sein, bezüglich welcher das Gesetz auf das „Übliche“ verweist (vgl. z. B. § 612 Abs. 2 B.G.B.).[35]) Denn für die Feststellung der Frage, was üblich sei, wird der Tarifvertrag stets eine wichtige, ja die wichtigste Erkenntnisquelle bilden. Niemals aber wird er wie die Arbeitsordnung kraft Gesetzes Vertragsinhalt;[36]) er ist vielmehr ein freier Ver-

---

34) Ebenso G.G. Darmstadt im Gew.-G. 7 S. 8; G.G. Breslau daselbst S. 109 u. 7, 243; G.G. Weimar im Gew.-G. 8, 36; a. M. G.G. Frankfurt a. M. im Gew.-G. 6 S. 196: nach den „Grundsätzen über Treu und Glauben“ müsse angenommen werden, daß sich die Parteien stillschweigend den Bestimmungen des Tarifvertrags als den ortsüblichen Arbeitsbedingungen unterwerfen wollen. Nicht ganz klar ist Nelken S. 609.

35) Vgl. hiezu Lotmar, der Arbeitsvertrag S. 772.

36) Der Meinung Lotmars (Arbeitsvertrag S. 785), daß der Tarifvertrag kraft zwingender Analogie die Arbeitsverträge im nämlichen Grade beherrsche wie die obligatorische Arbeitsordnung, kann also nicht beigetreten werden.

trag, dem der einzelne sich unterwerfen kann, aber nicht muß. Es muß einer zukünftigen Rechtsentwicklung überlassen bleiben, den Willen des einzelnen dem in einem Tarifvertrag zum Ausdruck gekommenen Willen der Majorität seiner Berufsgenossen unterzuordnen.

§ 7.

Die Fähigkeit zum Abschluss des gewerblichen Arbeitsvertrags.

Nach § 105 B.G.B. ist die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig. Ein Geschäftsunfähiger kann also auch keinen gewerblichen Arbeitsvertrag abschließen. Geschäftsunfähig sind die in § 104 B.G.B. genannten Personen. Geschäftsfähige können selbstverständlich stets gewerbliche Arbeitsverträge abschließen. „Beschränkt geschäftsfähig" sind nach § 106 B.G.B. die Minderjährigen, die das siebente Lebensjahr vollendet haben, und nach § 114 B.G.B. die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigten und die nach § 1906 B.G.B. unter vorläufige Vormundschaft gestellten Personen.

Für den gewerblichen Arbeitsvertrag kommen die Vorschriften, welche das B.G.B. in den §§ 107—111 über die beschränkte Geschäftsfähigkeit gibt, kaum in Betracht. Denn sie werden durch die weitergehenden Bestimmungen der §§ 112 u. 113 B.G.B. überholt (vgl. auch § 7 u. 8 der Seemannsordnung v. 2. Juni 1902). Nach § 112 B.G.B. ist der Minderjährige, [1]) den sein gesetzlicher Vertreter (Vater, Mutter, Vormund) mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigt hat, für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Zu diesen Rechtsgeschäften gehören natürlich auch die Arbeitsverträge, welche der minderjährige Arbeitgeber mit seinen Angestellten abschließt. Da nun aber minderjährige selbständige Arbeitgeber in der Praxis sehr selten anzutreffen sind, bedarf es einer weiteren Erörterung des § 112 hier nicht. Hervorzuheben ist hier aber, daß nach

[1]) Der Einfachheit halber wird im Text nur noch von Minderjährigen gesprochen; ihnen stehen überall die in § 114 u. 1906 B.G.B. genannten Personen gleich. Die Ehefrau ist stets geschäftsfähig und ist bei dem Abschluß von gewerblichen Arbeitsverträgen nur durch §§ 1356, 1358 B.G.B. einigermaßen beschränkt.

den Motiven [2]) dem Minderjährigen durch § 112 innerhalb des ihm gestatteten Geschäftskreises die rechtliche Stellung eines Volljährigen, eine kraft des Gesetzes „erweiterte“ Geschäftsfähigkeit“ eingeräumt ist. [3])

Ungleich wichtiger als der § 112 ist der § 113 B.G.B. für den gewerblichen Arbeitsvertrag. Hiernach ist der Minderjährige, den der gesetzliche Vertreter ermächtigt, in Dienst oder Arbeit zu treten, für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnisse ergebenden Verpflichtungen betreffen. Ausgenommen sind nur Verträge, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Dies sind nach § 1822 Z. 6 u. 7 B.G.B. Arbeitsverträge, welche für längere Zeit als ein Jahr abgeschlossen werden, sofern der gesetzliche Vertreter ein Vormund, also nicht Vater oder Mutter (vgl. § 1684 bis 1686 B.G.B.) sind; [4]) Vater und Mutter sind auch in diesen Fällen an eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht gebunden. [5]) Die Frage, ob der Minderjährige, dem sein Vater die in § 113 B.G.B. vorgesehene Ermächtigung erteilt hat, auf Grund derselben selbständig, d. h. ohne weitere Mitwirkung des Vaters einen Lehrvertrag abschließen könne, ist durch die Vorschrift des § 126 b Abs. 2 G.O., wonach der Lehrvertrag stets vom gesetzlichen Vertreter und Lehrling zu unterzeichnen ist, für den gewerblichen Arbeitsvertrag dahin entschieden, daß der gesetzliche Vertreter bei dem Abschluß eines Lehrvertrags stets mitzuwirken hat. [6])

Nach den Motiven [7]) sollte die dem Minderjährigen durch § 113 B.G.B. eingeräumte Stellung im Gegensatz zu § 112 nicht auf einer

---

2) Mot. I S. 143.

3) Die Mot. a. a. O. lehnen hier die Annahme eines vom gesetzlichen Vertreter erteilten Generalkonsenses ab; übrigens wendet sich Endemann B. I § 26 mit Recht hier gegen die Verwendung des Worts „Erweiterung“ der Geschäftsfähigkeit.

4) Prozeßvergleiche (vgl. § 1822 Z. 12 B.G.B.) gehören nicht hieher, da die Formvorschriften des B.G.B. für solche Vergleiche nicht gelten können (ebenso R.G.E. in Seufferts Archiv B. 56 Nr. 269; a. M. Mayer-Reis, Lehrb. des Fam.- u. Erbrechts B. I § 91 (Anm. 14).

5) Vgl. § 1643 u. 1827 B.G.B.; Hartenstein im Gew.-G. 5 S. 110; Stadthagen S. 54 u. 55.

6) In Fabriken dürfen Kinder unter 13 Jahren niemals, mögen sie ermächtigt sein oder nicht, beschäftigt werden (§ 135 Abs. 1 G.O.). Geschieht dies dennoch, so ist der Arbeitgeber strafbar, der Vertrag des ermächtigten Kindes aber trotzdem gültig (vgl. hierüber unten § 10).

7) Mot. I S. 145.

kraft des Gesetzes erweiterten Geschäftsfähigkeit, sondern auf der Annahme eines von dem gesetzlichen Vertreter erteilten Generalkonsenses beruhen: Der Vertreter sei „infolgedessen“ in der Lage, jederzeit an Stelle des Minderjährigen tätig zu werden; die Prozeßfähigkeit wurde dem Minderjährigen folgerichtigerweise nicht gewährt. Die Reichstagskommission nahm anfänglich [8]) denselben Standpunkt ein, änderte aber später [9]) ihre Ansicht, weil die Konsequenz aus dem Inhalt des § 113 die Gewährung der Prozeßfähigkeit an den Minderjährigen hier erheische und bereits in einem großen Teil Deutschlands [10]) ohne nachteilige Folgen Gesetz sei. Der Minderjährige ist also nach dem geltenden Recht (vgl. § 52 C.P.O.) prozeßfähig. Der gesetzliche Vertreter kann bezüglich der in dem § 113 erwähnten Rechtsgeschäfte, solange er seine Ermächtigung nicht zurückgenommen hat, keinerlei Vertretungsmacht mehr für den Minderjährigen üben; [11]) er kann also insbesondere nicht mehr namens des Minderjährigen Klagen erheben. Ist der gesetzliche Vertreter irgendwie mit der Gestaltung der Verhältnisse nicht einverstanden, so kann er nach § 113 Abs. 2 B.G.B. die erteilte Ermächtigung stets zurücknehmen oder einschränken. Will er dabei den vom Minderjährigen abgeschlossenen Arbeitsvertrag lösen, so ist er an die Vorschriften der §§ 122—124a, 133 b—d G.O. gebunden, [12]) denn der Vertrag besteht an sich zu Recht.

Über die Frage, in welcher Form die Ermächtigung des Vertreters zu erteilen sei, enthält das B.G.B. keine Bestimmung. Der § 113 Abs. 4 gibt nur die Auslegungsvorschrift, daß die für einen einzelnen Fall erteilte Ermächtigung im Zweifel als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung von Verhältnissen derselben Art gelte. Die Erteilung einer solchen allgemeinen Ermächtigung ist unbedenklich in dem nach § 108 G.O. notwendigen Antrag, bezw. in der hienach festzustellenden Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Ausstellung eines Arbeitsbuchs zu erblicken. Da nach § 107 G.O. minderjährige Personen als gewerb-

---

[8]) Prot. I S. 65.

[9]) Prot. VI S. 144.

[10]) Vgl. z. B. württemb. Gesetz v. 30. Juni 1865.

[11]) Ebenso Endemann B. 1 § 26 Z. IV 2; a. M. Cosack B. I § 55 zu Anm. 34, der sich von dem Gedanken des von den Mot. anfänglich unterlegten Generalkonsenses des Vertreters noch nicht genügend losgesagt habe.

[12]) Ebenso Hartenstein a. a. O. S. 111; der § 626, von dessen Anwendbarkeit die 2. Kommission hier sprach, muß auch hier außer Betracht bleiben (vgl. oben § 4).

liche Arbeiter nur beschäftigt werden dürfen, wenn sie mit einem Arbeitsbuche versehen sind,[13]) so wird die Beantwortung der Frage, ob der Minderjährige im einzelnen Fall die Ermächtigung nach § 113 B.G.B. erhalten habe, also prozeßfähig sei, in der Praxis selten zu Weiterungen Anlaß geben. Hat der Minderjährige kein Arbeitsbuch in Händen, so muß der Richter im Hinblick auf § 56 C.P.O. den Nachweis der erteilten Ermächtigung verlangen.[14]) Die Vorschriften, welche die G.O. in den §§ 107—112 über die Arbeitsbücher gibt, sind durch das B.G.B. nicht aufgehoben worden (vgl. Art. 32 E.G. zum B.G.B.). Doch gibt ihre Beobachtung neben der Anwendung des § 113 B.G.B. zu Zweifeln einigen Anlaß.

Nach § 113 Abs. 3 B.G.B. kann die Ermächtigung, wenn sie vom Vater oder Mutter in ihrer Eigenschaft als gesetzliche Vertreter des Minderjährigen verweigert wird, niemals,[15]) dagegen, wenn sie vom Vormund verweigert wird, auf Antrag des Minderjährigen durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Für den gewerblichen Arbeitsvertrag enthält der Art. 36 Z. III des E.G. zum B.G.B. eine hier eingreifende Sonderbestimmung, durch welche der § 108 G.O. geändert worden ist. Hiernach kann die Gemeindebehörde die zur Ausstellung eines Arbeitsbuchs notwendige Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen in allen Fällen ergänzen, wenn die Erklärung desselben nicht zu beschaffen ist oder wenn er sie ohne genügenden Grund und zum Nachteil des Arbeiters verweigert. Das Verhältnis dieser Bestimmung zu § 113 B.G.B. ist durchaus zweifelhaft. Während Vater und Mutter nach § 113 auch ohne genügenden Grund und zum Nachteil des Minderjährigen die Ermächtigung versagen dürfen, soll die Zustimmung zur Erteilung eines Arbeitsbuchs durch die Gemeindebehörde hier ersetzt werden können. Was ist nun aber diese Zustimmung praktisch anderes, als eben die Ermächtigung? Weiterhin besteht eine Verschiedenheit in der Bezeichnung der Behörden, welche zur Ergänzung der vom Vormund verweigerten Ermächtigung bezw. Zustimmung zuständig sind (Vormundschaftsgericht und Gemeindebehörde). Die Ansicht,[16]) daß die hier in Frage stehenden Bestimmungen des § 113 B.G.B. und 108 G.O. neben einander anwendbar seien, führt zu praktisch unhaltbaren Ergebnissen.

---

13) Über die §§ 107—112 G.O. im allgemeinen vgl. die Kommentare zur G.O.

14) Vgl. Hartenstein a. a. O. S. 111 u. Gew.-G. 5 S. 166; Mandry-Geib S. 470.

15) Vgl. Endemann § 26; Gareis Anm. 3 zu § 113 B.G.B.

16) So Schicker Anm. 7 zu § 108 G.O.; Nelken S. 485.

Man denke nur daran, daß die Gemeindebehörde die fehlende Zustimmung des Vormunds nach § 108 G.O. ersetzt, während das Vormundschaftsgericht nach § 113 Abs. 3 B.G.B. gegenteilig entscheidet, oder daß die Gemeindebehörde, trotzdem der Vater die Ermächtigung verweigert, die Zustimmung nach § 108 G.O. ersetzt. Hier wäre also, falls man auf die Einhaltung der Bestimmungen des § 113 B.G.B. das ausschlaggebende Gewicht legen wollte, der vom Minderjährigen abgeschlossene gewerbliche Arbeitsvertrag nichtig, die Prozeßfähigkeit ihm abzusprechen, trotzdem ihm der Abschluß des Vertrags gerade durch die gesetzmäßige Tätigkeit einer Behörde ermöglicht worden ist. Dieses Ergebnis kann dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechen. Man könnte nun vielleicht zur Vermeidung dieses Ergebnisses daran denken, der Gemeindebehörde die Pflicht aufzuerlegen, daß sie vor Ausstellung des Arbeitsbuchs stets den Nachweis der Ermächtigung des Vaters bezw. des Vormundschaftsgerichts zu verlangen und bei dem Mangel dieses Nachweises das Gesuch um Ausstellung eines Arbeitsbuchs a limine abzuweisen habe. Dann wäre aber die in § 108 G.O. vorgesehene Kognition der Gemeindebehörde ganz gegenstandslos. Bei dieser Sachlage wird man am ehesten annehmen können, daß der § 113 B.G.B. durch den § 108 G.O. für den gewerblichen Arbeitsvertrag dahin modifiziert ist, daß auch die fehlende Ermächtigung vom Vater und Mutter unter den im § 108 G.O. genannten Voraussetzungen durch die Behörde ersetzt werden kann und daß diese Behörde in allen Fällen nicht das Vormundschaftsgericht, sondern die Gemeindebehörde im Sinne des § 108 G.O. ist. Dieses Ergebnis entspricht sicher auch den Bedürfnissen der Praxis. Die Frage, wie sich der Minderjährige zu helfen habe, wenn der gesetzliche Vertreter das Arbeitsbuch, das nach § 107 G.O. in seinen Besitz gekommen ist, ihm nicht herausgibt, ist im Gesetz nicht entschieden; die Praxis wird zu entscheiden haben, ob in analoger Anwendung des § 108 auch hier die Gemeindebehörde anzugehen sei. [17])

---

[17]) Die im Gew.-G. 5 S. 166 ausgesprochene Ansicht, daß § 113 Abs. 1 B.G.B. auf Gewerbsgehilfen unter 16 Jahren wegen der vom § 108 G.O. vorgeschriebenen Aushändigung des Arbeitsbuchs an den gesetzlichen Vertreter überhaupt keine Anwendung finde, ist nicht richtig. Wenn der Vertreter das Arbeitsbuch auch in seinem Besitz hat, so wird hiedurch an der bereits erteilten Ermächtigung im Sinn des § 113 nichts geändert. Der Minderjährige kann ja auch einen Arbeitsvertrag abschließen, zu dem er kein Arbeitsbuch braucht oder ohne daß er es besitzt; der Vertrag ist dann gültig. Verweigert der Vertreter die Herausgabe, so ist erst hierin eben die Zurücknahme der Ermächtigung zu erblicken.

Der nach § 113 B.G.B. ermächtigte Minderjährige darf nur Dienst- oder Arbeitsverhältnisse „der gestatteten Art“ eingehen. Muß der Minderjährige, der mit Ermächtigung seines gesetzlichen Vertreters die Stelle eines Schlossergesellen angenommen hat, von neuem diese Ermächtigung einholen, wenn er nach Verlust dieser Stelle die ihm angebotene Stelle eines Hausdieners annehmen will? Diese Frage ist zu verneinen. Die Worte „der gestatteten Art“ beziehen sich, wie aus den Motiven [18]) hervorgeht, nicht auf die Unterscheidung der Berufsarten; vielmehr sollten sie klarstellen, „daß der Minderjährige nicht befugt sei, einen Vertrag einzugehen, dessen Inhalt ihm Verpflichtungen auferlege, die über die Natur der Dienst- und Arbeitsverhältnisse hinausgreife und welchen wegen ihrer Schwere oder Eigenart im voraus zuzustimmen der Vertreter nicht beabsichtigt haben könne“. Das entscheidende Merkmal liegt also in dem Maß der sich für den Arbeiter aus dem einzelnen Arbeitsvertrag ergebenden Verpflichtungen. [19]) Bei den gewerblichen Arbeitsverträgen wird im allgemeinen eine so bedeutende Verschiebung der Pflichten zu Lasten des Arbeiters, daß man unter Berücksichtigung der erwähnten Gesichtspunkte von einem Arbeitsverhältnis der gestatteten Art nicht mehr reden kann, sehr selten sein.

Der Minderjährige ist nur auf dem von den §§ 112, 113 B.G.B. abgesteckten Gebiet prozeßfähig. Er kann also auch nur über einen diesem Gebiet angehörenden Anspruch im Prozeßweg verfügen. Erhebt sein Gegner in einem nach § 394 B.G.B. an sich zulässigen Fall die Einrede der Aufrechnung, so kann sich der Minderjährige auf die in der Einrede geltend gemachte Forderung einlassen, selbst wenn sie sich nicht auf das Arbeitsverhältnis gründet; [20]) denn die Geltendmachung der Aufrechnung vertritt die Behauptung der Erfüllung. Aus dem gleichen Grund kann der beklagte Minderjährige im Weg der Einrede jede Forderung, also auch eine solche, welche sich auf andere, seiner selbständigen Disposition an sich entzogene Rechtsverhältnisse gründet, geltend machen. [21]) Wenn der Prozeß vor einem Gewerbegericht geführt wird, kann eine Widerklage, sofern der mit ihr geltend gemachte Anspruch nicht

---

18) Mot. I S. 146; a. M. Prenner S. 4.

19) Das von den Mot. gegebene Beispiel, nämlich die Unzulässigkeit des Versprechens einer Konventionalstrafe, trifft allerdings nach Prot. I S. 65 (vgl. Planck S. 159; Gareis Anm. 5 zu § 113) nicht zu; trotzdem ist aber der grundsätzliche Standpunkt der Motive als der richtige anzuerkennen; s. auch unten § 10 zu Anm. 12.

20) Vgl. Baur im württemb. Gerichtsblatt B. 12 S. 388.

21) Vgl. Baur a. a. O. u. Gaupp-Stein, Anm. II zu § 52 C.P.O.

im Weg der Klage vor diesem Gericht verfolgt werden kann, nach § 33 Abs. 2 C.P.O., § 6 Abs. 1 G.G. nicht in Frage kommen; ebenso scheitert die Kumulierung von Klagen aus dem Arbeitsverhältnis und andern Rechtsgründen an der ausschließlichen Zuständigkeit der Gewerbegerichte (vgl. § 3 G.G.). Abgesehen von diesen prozessualen Hindernissen steht in diesen Fällen der Widerklage [22]) und Klagekumulierung auch der Umstand entgegen, daß der Minderjährige bezüglich solcher sich nicht aus §§ 112 und 113 B.G.B. regelnder Ansprüche weder aktiv noch passiv legitimiert ist.

Was der Minderjährige durch seine Arbeit erwirbt, ist nach § 1651 B.G.B. sein freies Vermögen, das zwar der Verwaltung, nicht aber der Nutznießung des Inhabers der elterlichen Gewalt untersteht. Der Gläubiger des Minderjährigen kann ohne Rücksicht auf die elterliche Nutznießung nach § 1659 B.G.B. Befriedigung aus seinem Vermögen, nicht bloß aus dem freien, verlangen; einen besonderen Vollstreckungstitel gegen die Eltern des Minderjährigen braucht der Gläubiger nach § 746 C.P.O. nicht.

§ 8.

Die Form des gewerblichen Arbeitsvertrags.

Weder das B.G.B noch die G.O. enthält eine Bestimmung, durch welche der gewerbliche Arbeitsvertrag als solcher an eine gewisse Form gebunden wäre.[1]) Es gilt somit für diesen Vertrag durchaus der Grundsatz der Formfreiheit. Die Formvorschriften, welche die G.O. für die Arbeitsbücher der minderjährigen Arbeiter und für die in Fabriken mit mindestens 20 Arbeitern zu erlassenden Arbeitsordnungen gibt, sind keine Formvorschriften für den gewerblichen Arbeitsvertrag. Der gewerbliche Arbeitsvertrag, der abgeschlossen wird, ohne daß diese Formvorschriften beobachtet werden, ist daher nicht nach § 125 B.G.B. nichtig.[2]) Besitzt der Minderjährige die in § 113 B.G.B. vorgeschriebene Ermächtigung, so ist der von ihm abgeschlossene Arbeitsvertrag zivilrechtlich durchaus gültig, auch wenn er dem Arbeitgeber das Arbeitsbuch nicht aushändigt, ja sogar dann, wenn er gar kein Arbeitsbuch besitzt.[3]) Ebenso wird

[22]) Ebenso Gaupp-Stein a. a. O.

[1]) Über die Bedeutung formloser Vereinbarungen, die nach früherem Recht ungültig waren (Art. 171 E.G. zum B.G.B.) vgl. Seufferts Archiv B. 57 Nr. 190.

[2]) Ebenso Köhne, die Arbeitsordnungen (1901) S. 162—164, 184.

[3]) Ebenso Schenkel Anm. 5 zu § 107 G.O.; Schicker Anm. 5 zu § 107 G.O.; Nelken S. 477; Mandry-Geib § 45 zu Anm. 6; Burchardt S. 27.

die Gültigkeit des Arbeitsvertrags in keiner Weise beeinträchtigt, wenn der Fabrikant entgegen den §§ 134a ff. G.O. keine Arbeitsordnung erlassen hat. Diese Vorschriften der G.O. haben lediglich öffentlich rechtliche Natur und haben nur mittelbar zivilrechtliche Bedeutung.[4])

Eine Formvorschrift, deren Nichtbeachtung zivilrechtliche Folgen hat, enthält aber der § 126b G.O. Hiernach muß der gewerbliche Lehrvertrag binnen vier Wochen nach Beginn der Lehre schriftlich abgeschlossen und von dem Lehrherrn oder seinem Stellvertreter, dem Lehrling und dem gesetzlichen Vertreter des Lehrlings unterzeichnet werden. Da es sich hier um eine gesetzliche Formvorschrift handelt, sind an sich die Voraussetzungen des § 125 B.G.B. gegeben; hiernach sind Rechtsgeschäfte, welche der durch das Gesetz vorgeschriebenen Form ermangeln, nichtig. Der § 125 B.G.B. ist hier aber nicht anwendbar, da die speziellen Bestimmungen der §§ 127d u. f G.O. die Folgen einer Verletzung der erwähnten Formvorschriften normiert haben. Ein Anhaltspunkt für die Annahme, daß die §§ 127d u. f G.O. durch § 125 B.G.B. beseitigt seien, ist überall nicht zu erkennen (vgl. Art. 32 E.G. zum B.G.B.). Die Annahme, daß die Aufrechterhaltung der erwähnten Bestimmungen dem Willen des Gesetzgebers entspricht, geht mit Sicherheit daraus hervor, daß sie in der am 26. Juli 1897, also nach dem B.G.B. verkündeten sog. Handwerkernovelle wiederholt worden sind. Der der Formvorschrift des § 126b G.O. nicht genügende Lehrvertrag ist nach den §§ 126d u. f G.O. keineswegs nichtig, sondern lediglich gewisser Rechtswirkungen entkleidet; abgesehen von diesen Rechtswirkungen besteht auch der mündlich abgeschlossene Lehrvertrag zu Recht.[5]) Liegt im einzelnen Fall überhaupt kein schriftlicher Lehrvertrag vor, so können aus dem mündlichen Vertrag auch keine Ansprüche, welche mittelbar die durch § 127d u. f außer Kraft gesetzten Rechtswirkungen des Lehrvertrags wiederherzustellen geeignet sind, hergeleitet werden,[6]) denn dies würde eine Um-

---

[4]) Vgl. Nelken a. a. O.: Das Verbot richte sich nicht gegen den Abschluß des Arbeitsvertrags, sondern gegen die Beschäftigung eines Arbeiters, der kein Arbeitsbuch besitzt; der Arbeitgeber braucht aber das Arbeitsangebot insolange nicht anzunehmen, als der Arbeiter ihm das Arbeitsbuch nicht aushändigt. Das Arbeitsangebot ohne Arbeitsbuch ist kein vertragsmäßiges. Der Arbeitgeber kann den Arbeiter aber nicht entlassen (vgl. § 123 G.O.); ebenso Nelken u. Burchardt a. a. O.; a. M. Schenkel a. a. O.

[5]) Ebenso Lotmar S. 248; Landmann-Rohmer Anm. 2 zu § 126b G.O.; Schicker Anm. 2 zu § 126b G.O.; Nelken S. 638; a. M. G.G. Plauen im Gew.-G. 5 S. 199.

[6]) Der Lehrherr darf also auch nicht das Arbeitsbuch des Lehrlings bis zum Ablauf der Vertragsdauer zurückbehalten; ebenso die überwiegende Praxis (vgl. G.G.

gehung des Gesetzes bedeuten. Fehlt eine der drei im § 126b G.O. vorgesehenen Unterschriften auf dem im übrigen formrichtig abgeschlossenen Lehrvertrag, so ist im Hinblick auf § 126 Abs. 1 B.G.B.[7]) anzunehmen, daß die gesetzliche Formvorschrift der Schriftlichkeit nicht eingehalten ist; der Lehrvertrag ist hier also in seinen Rechtswirkungen gemäß §§ 127d u. f G.O. beschränkt.[8])

Eine besondere Formvorschrift für den Lehrvertrag gibt endlich das B.G.B. noch in § 1822 Z. 6. Hiernach bedarf der Vormund zu einem Lehrvertrag, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts; nicht notwendig ist diese Genehmigung, wenn Vater oder Mutter[9]) gesetzliche Vertreter des Lehrlings sind. Ist die Formvorschrift des § 1822 Z. 6 B.G.B. nicht beachtet, so ist der Lehrvertrag in seinem ganzen Umfang nach § 125 B.G.B. nichtig;[10]) die §§ 126d u. f G.O. kommen hier zweifellos nicht zur Anwendung. Die Genehmigung kann aber nach § 1829 B.G.B. auch nachträglich erfolgen, so daß die Härte, die unter Umständen ein Versehen durch die Anwendung des § 125 B.G.B. entsteht, vermieden werden kann.[11])

Die Draufgabe (Handgeld, Mietstaler u. s. w.) kommt auch auf dem Gebiet des gewerblichen Arbeitsvertrags, insbesondere bei den Angestellten im Wirtsgewerbe (Köchinnen, Zimmermädchen, Hausknechte u. s. w.) vor. Ihre Hingabe gilt nach § 336 B.G.B. als Zeichen des Abschlusses des Vertrags; selbstverständlich kann der Arbeitsvertrag aber stets auch ohne Draufgabe abgeschlossen werden. Die §§ 336 ff. B.G.B. sind hier nicht weiter zu erörtern, da ihre Anwendung auf den gewerblichen Arbeitsvertrag zu Zweifeln keinen Anlaß gibt. Hervorzuheben ist hier nur, daß die Draufgabe nach § 337 Abs. 1 B.G.B. nur im Zweifel auf den Arbeitslohn anzurechnen ist. Bei der Ähnlichkeit der Stellung,

---

Karlsruhe u. Berlin bei Unger Nr. 123); a. M. G.G. Burg b. M. im Gew.-G. 6 S. 144; Landmann-Rohmer Anm. 3 zu § 127d G.O.; Nelken S. 475.

[7]) Die Unterschriften müssen nicht auf derselben Urkunde stehen (vgl. § 126 Abs. 2 B.G.B.); richtig G.G. Breslau im Gew.-G. 6 S. 143: Unterstempelung genügt nicht.

[8]) Ebenso O.L.G. Breslau im Gew.-G. 7 S. 14 u. bei Beckmann 3 S. 41; ebenso preuß. Oberverwaltungsgericht bei Rohrscheidt 2 S. 157; G.G. Burg b. M. im Gew.-G. 6 S. 144; a. M. Nelken S. 652.

[9]) Vgl. § 1684 ff. B.G.B.

[10]) Ebenso Hartenstein im Gew.-G. 6 S. 186.

[11]) Vgl. Luppe u. Spieß im Gew.-G. 6 S. 345, die sich mit Recht gegen die von Hartenstein a. a. O. ausgesprochene Ansicht, daß dem Meister hier ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zustehe, wenden.

welche die Dienstboten im Sinn der Gesindeordnung und die hier hauptsächlich in Betracht kommenden gewerblichen Arbeiter einnehmen, wird man wohl als Willen der Parteien annehmen dürfen, daß die Anrechnung der Draufgabe nur in dem von den Gesindeordnungen vorgesehenen beschränkten Rahmen stattfinden solle.[12]) Eine solche Anrechnung ist in vielen Landesteilen nicht üblich.

§ 9.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit.

Nach § 105 G.O. ist die Festsetzung der Verhältnisse zwischen den selbständigen Gewerbetreibenden und den gewerblichen Arbeitern, vorbehältlich der durch Reichsgesetz begründeten Beschränkungen, Gegenstand freier Übereinkunft. Hiernach gilt also für den gewerblichen Arbeitsvertrag im allgemeinen der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Hieran ist durch das B.G.B., dessen Vertragsrecht ja auf demselben Grundsatz beruht,[1]) nichts geändert worden. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit bezieht sich nur auf den Inhalt[2]) des Vertrags, nicht auf die gesetzlichen Voraussetzungen für das Zustandekommen eines gültigen Vertrags (vgl. oben § 7 u. 8). Bezüglich des Vertragsinhalts aber sind die Parteien in der Freiheit der Verfügung nur insoweit beschränkt, als zwingende Vorschriften des Gesetzes eingreifen. Besteht bezüglich irgend einer Frage ein gewisser ortsüblicher Brauch, so kann dieser Brauch im einzelnen Fall nur dann als stillschweigend gewollter Vertragsinhalt angesehen werden, wenn die Parteien bezüglich der Frage keinerlei Abmachung getroffen haben und das Gesetz keine ergänzende Bestimmung gibt.[3]) Selbstverständlich haben die Parteien bei dem Abschluß des ein-

---

[12]) Vgl. Hartenstein im Gew.-G. 6 S. 73; nach Art. 3 der württemb. Gesindeordnung ist die Anrechnung der Draufgabe nur zulässig, wenn das Dienstverhältnis schon vor dem ersten Termine, auf welchen es gekündigt werden konnte, aus Gründen, welche in der Person des Dienstboten liegen, aufgehoben wird.

[1]) Vgl. Endemann I § 101; Sinzheimer S. 3.

[2]) So Mot. zur G.O.-Novelle vom 17. Juli 1878 (Drucks. Nr. 41); das B.G.B. hat die im 1. Entwurf gegebene Unterscheidung zwischen „Gegenstand“ u. „Inhalt“ der Schuldverhältnisse beseitigt (vgl. Prot. I S. 279).

[3]) Beispiele: In einem Gewerbe bekommen die Gehilfen ortsüblicherweise Kost und Wohnung im Hause des Meisters; an einem bestimmten Tage (Volksfest) werden die Geschäfte ortsüblicherweise geschlossen, obgleich dies gesetzlich nicht vorgeschrieben ist u. ähnl.

zelnen Arbeitsvertrags jederzeit das Recht, den Ortsgebrauch für diesen Vertrag durch ausdrückliche Vereinbarung außer Wirksamkeit zu setzen. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit ist nach Lage des Gesetzes durchaus individuell. Die Parteien sollen nach dem Willen des Gesetzgebers gerade bei der Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen Arbeitsvertrag nur an die durch Reichsgesetz begründeten Beschränkungen gebunden sein; dieser Gedanke des Gesetzgebers kommt im § 152 G.O. zu prägnantem Ausdruck.[4]) Arbeitgeber oder Arbeiter sind hienach an ein ihren jeweiligen Berufsgenossen gegebenes Versprechen, den in Zukunft abzuschließenden Arbeitsverträgen einen bestimmten, von der Gemeinschaft der betreffenden Parteigruppe festgelegten Inhalt zu geben, diesen gegenüber nicht gebunden. Es fragt sich nun, ob Arbeitgeber und Arbeiter an ein derartiges Versprechen, das sie sich gegenseitig gaben, so sehr gebunden sind, daß es auch im Weg der Einzelabmachung nicht beseitigt werden kann; mit andern Worten: ob dem Individualvertrag gegenüber dem kollektiven Arbeits- oder Tarifvertrag derogierende Kraft zukomme. Lotmar[5]) verneint dies und stellt folgende Sätze auf: Der einen Tarifvertragsbruch enthaltende einzelne Arbeitsvertrag sei ungültig, an seiner Stelle sei aber nicht ein Nichts vorhanden, vielmehr komme der einzelne Arbeitsvertrag tarifmäßig zu stande, auch wenn eine tarifwidrige Abweichung unternommen worden sei. Eine als Lücke des Gesetzes zu empfindende Ausnahme will Lotmar im Hinblick auf § 134c Abs. 1 G.O. nur bezüglich der Arbeitsordnungen machen und ihrem Inhalt, soweit er nur den Gesetzen nicht zuwiderlaufe, auch gegenüber dem Inhalt eines Tarifvertrags derogierende Kraft beimessen. Wäre diese Ansicht Lotmars richtig, so würde ein für die Praxis geradezu unerträglicher Zustand bestehen. Bei dem Abschluß eines Tarifvertrags sind auf Seiten der Arbeitgeber meist große und kleine Unternehmer beteiligt. Es könnten also diejenigen Arbeitgeber, welche nach § 134a G.O. eine Arbeitsordnung in ihrem Betrieb haben müssen, den Tarifvertrag mit einem Federstrich in ihrer Arbeitsordnung selbst gegen den ausdrücklichen Widerspruch ihrer Arbeiter beseitigen; die kleinen Arbeitgeber wären an den Inhalt des Tarifvertrags selbst dann gebunden, wenn sie im einzelnen Fall einen Tarifbruch mit dem Einverständnis des von ihm betroffenen Arbeiters begehen würden. Schon im Hinblick auf dieses Ergebnis würde

---

[4]) Vgl. hiezu R.G.E. in Str.S. B. 16 S. 385 und Löwenfeld im Archiv für soz. G. u. St. B. 14 S. 471 ff.

[5]) Lotmar daselbst B. 15 S. 106 ff.; ebenso Köhne, die Arbeitsordnungen S. 260; a. M. Schalhorn in der soz. Pr. 9 S. 883 Anm. 1; Burchardt S. 86.

sich der Praktiker, sofern sich kein anderer Ausweg bieten sollte, gewiß nur sehr ungern dazu entschließen, der Lotmarschen Ansicht beizutreten. Diese Ansicht kann nun aber nicht für richtig erachtet werden; denn sie beruht auf einer Verkennung des nach Lage des geltenden Gesetzes zu bestimmenden Wesens des Tarifvertrags. Lotmar[6]) kommt zu der Annahme, daß der Tarifvertrag zwingendes Recht enthalte, hauptsächlich auf Grund folgender Erwägung: Mit der Eingehung eines Tarifvertrags hätten die Paziszenten nicht bloß versprochen, keine tarifwidrigen Arbeitsverträge abzuschließen; vielmehr hätten sie auch die rechtliche Möglichkeit solcher Kontrahierung ausschließen, die Dispositionsfreiheit insoweit beschränken wollen. Diese Willensauslegung stützt sich nicht auf irgendwelche spezialgesetzliche Anhaltspunkte, denn der Tarifvertrag ist ja legislativ noch gar nicht behandelt. Sie ist also durchaus willkürlich und wäre nur gerechtfertigt, wenn die den Abschluß eines Tarifvertrags begleitenden Umstände hierzu zwingen würden. Diese Voraussetzung trifft nicht zu. Für die Praxis wäre es freilich wünschenswert, daß die Beteiligten und womöglich auch der Gesetzgeber den Tarifvertrag als zwingendes Recht ansehen möchten. Daß sie dies nicht tun, kommt gerade darin zum Ausdruck, daß der Tarifbruch eine in der Praxis außerordentliche häufige Erscheinung ist.[7]) Hieraus ist zu entnehmen, daß die Beteiligten sich durch den Abschluß des Tarifvertrags ihre Dispositionsfreiheit keineswegs beschränken wollten. Der Arbeitgeber, der dem im Tarifvertrag vorgesehenen Minimalwochenlohn von 20 ℳ zugestimmt hat, „will“ damit doch gewiß nicht stets sagen, daß er einem Arbeiter, der nur 18 ℳ verlangt, 20 ℳ geben wolle. Der eine oder andere Arbeitgeber mag ja vielleicht diesen „Willen“ haben; andere werden aber auch lediglich folgendermaßen denken: „ich muß mich jetzt zu dem Lohnsatz des Tarifs verstehen, weil ihn meine Arbeiter verlangen; sobald er nicht mehr verlangt wird, bin ich auch zu seiner Bezahlung in keiner Weise mehr verpflichtet“. Warum sollte z. B. ein kleiner Arbeitgeber, der selbst wirtschaftlich nicht auf Rosen gebettet, so nicht denken dürfen? Daß er sehr häufig so denkt und diesem Gedanken auch gelegentlich Ausdruck verleiht, lehrt die praktische Erfahrung. Die Lotmarsche Auslegung tut ihm also Gewalt an, was um so bedenklicher ist, als sie den

---

[6]) Lotmar a. a. O. S. 110.

[7]) Freilich nicht in dem im Tarifvertragswesen in der ersten Reihe marschierenden Buchdruckergewerbe, sondern in andern Gewerben, wo Tarifverträge manchmal sogar geradezu in Vergessenheit geraten oder die Mehrzahl der Arbeitsverträge dem Tarifvertrag nicht entspricht.

größeren Arbeitgebern gegenüber, die vielleicht eher den von Lotmar vorgezeichneten Gedankengang haben, wegen § 133c G.O. versagt. Die Verträge, also auch die Tarifverträge, die nach Lage des Gesetzes rein privatrechtliche Verträge sind, sind nach § 157 B.G.B. so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Die Auslegung darf nicht auf den Pfaden des Gesetzgebers wandeln, sondern muß den wirklichen Willen erforschen (§ 133 B.G.B.), mag hiebei auch ein nicht allseitig befriedigendes Ergebnis zu Tage treten. Legt man den Abschluß der Tarifverträge nach diesen Grundsätzen aus, so wird man nur soviel sagen können, daß sich die Parteien hiedurch lediglich das Versprechen geben, auf Verlangen die einzelnen Arbeitsverträge in Übereinstimmung mit dem Tarifvertrag abzuschließen.[8]) Jede weitergehende Auslegung ist dem begründeten Vorwurf der Gewaltsamkeit ausgesetzt. Die hier vertretene Auffassung stimmt auch mit dem allgemeinen, das Obligationenrecht beherrschenden Grundsatz der Dispositionsfreiheit überein. Solange keine zwingende Vorschrift besteht, können die Parteien bei dem Abschluß des einzelnen Arbeitsvertrags auf die Einhaltung der Bestimmungen des Tarifvertrags gerade so verzichten, wie auf die Geltendmachung eines andern, ihrer Disposition unterstehenden Rechtes.

Keiner weiteren Ausführung bedarf endlich die Meinung, daß der gegenwärtige Rechtszustand auf dem Gebiet des Tarifvertragswesens, das seinen Einzug in fast allen Gewerben längst genommen hat, ein ganz unleidlicher ist. Die gesetzliche Regelung des Tarifvertrags ist eine der wichtigsten, wenn nicht die wichtigste Forderung, welche der Gesetzgeber auf dem Gebiet des gewerblichen Arbeitsvertrags erfüllen muß.

Dem Ausgeführten zufolge gehören die Tarifverträge nicht zu den zwingenden Normen, durch welche der Grundsatz der Vertragsfreiheit gemäß § 105 G.O. beschränkt ist. Bevor nun diese zwingenden Normen im einzelnen erörtert werden, möge darauf hingewiesen werden, daß sie sich sowohl auf den gewerblichen Arbeitsvertrag in seinem ganzen Umfang, als auch nur auf ein einzelnes, aus ihm sich ergebendes Rechtsgeschäft, z. B. die Lohnzahlung, beziehen können. Ihre Nichtbeachtung hat natürlich nur im ersteren Fall Nichtigkeit des ganzen Vertrags zur Folge. Auch auf die Auslegungsvorschrift des § 139 B.G.B. ist hier hinzuweisen.

Die zwingenden Normen, an welche die Parteien bei der Bestimmung des Vertragsinhalts gebunden sind, sind in der Hauptsache folgende:

---

[8]) Vgl. G.G. Stuttgart im Gew.-G. 8 S. 40.

1. Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nach § 134 B.G.B. nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt (vgl. auch § 309 B.G.B.).
2. Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nach § 138 Abs. 1 B.G.B. nichtig.
3. Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nach § 306 B.G.B. nichtig.[9])

§ 10.

Die gegen ein gesetzliches Verbot verstossenden Rechtsgeschäfte.[1])

Die Motive[2]) stellen für die Terminologie die Regel auf, daß die verbotenen, die unerlaubten Rechtsgeschäfte für „nichtig" erklärt seien oder daß ausgesprochen sei, sie „können" nicht vorgenommen werden. Diese Terminologie ist im B.G.B. nicht durchgeführt; sie ist auch zu eng. Es gehören hieher vielmehr alle Rechtsgeschäfte,

a) deren Vornahme mit Strafe bedroht ist,
b) welche ausdrücklich für nichtig, ungültig erklärt sind oder deren Vornahme der Gesetzgeber durch Formulierungen wie: sie „können", sie „dürfen" nicht vorgenommen werden u. s. w.[3])

Für den gewerblichen Arbeitsvertrag besteht keine Verbotsvorschrift, deren Verletzung den Vertrag in seinem ganzen Umfang nichtig machen würde.[4]) Wohl aber besteht eine Reihe von Vorschriften, durch welche der Grundsatz der Vertragsfreiheit in einzelnen Punkten beschränkt wird.

Aus dem B.G.B. gehören hieher die §§ 225, 248, 276 Abs. 2, 400,[5]) 617—619, 624, 629.[6]) Aus der G.O. gehören hieher die §§ 115—118, 119a, 120—120e, 122, 133aa, 133f.

---

9) Das Scheingeschäft und das nicht ernstlich abgeschlossene Geschäft (§§ 117 u. 118 B.G.B.) werden ihrer praktischen Seltenheit wegen hier nicht erörtert; über die Anfechtung wegen Irrtums s. unten § 13 Anm. 34.

1) Vgl. hiezu Fr. Endemann, die zivilrechtl. Wirkungen der Verbotsgesetze u. Lehrb. § 9.

2) Mot. B. I S. 210.

3) Vgl. Endemann a. a. O.; Gareis Anm. 4 zu § 134 B.G.B.

4) Wegen § 108 G.O. vgl. oben § 8 Anm. 1.

5) Vgl. hiezu § 850 Z. 1 C.P.O. u. § 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. Juni 1869 (R.Bl. v. 1897 S. 159); über den § 394 B.G.B. vgl. unten § 17.

6) Über §§ 616, 629 B.G.B. s. unten § 12, 13 u. 22; die Schiedsgerichtsklausel wird man im Hinblick auf § 6 Gew.-G.G. allgemein für zulässig halten müssen; a. M. Köhne, die Arbeitsordnungen S. 236 und die dort zitierten.

Diese Bestimmungen sind in zwei Gruppen einzuteilen; es sind zu unterscheiden:

1. Bestimmungen, durch welche ein Rechtsgeschäft lediglich für nichtig erklärt bezw. verboten wird; dies sind die §§ 119a, 122, 133aa, 133f G.O.
2. Bestimmungen, durch welche ein Rechtsgeschäft für nichtig erklärt bezw. verboten und daneben noch mit krimineller Strafe bedroht wird; dies sind die §§ 115—118, 120—120e G.O.

Zu den einzelnen Bestimmungen der ersten Gruppe ist folgendes zu bemerken: Lohneinbehaltungen zur Sicherung einer Forderung wegen Vertragsbruchs „dürfen" das im § 119a G.O.[7]) vorgesehene Maß nicht übersteigen. Da eine Verletzung des § 119a nicht mit krimineller Strafe bedroht ist, kann die Vorschrift bloß dahin ausgelegt werden, daß es sich um ein Verbot handelt, dessen Verletzung zivilrechtliche Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat. Hierüber besteht wohl allseitiges Einverständnis. Fraglich erscheint nur, ob bei einer Überschreitung des im § 119a zugelassenen Maßes die ganze Vereinbarung über die Lohneinbehaltung, oder ob sie nur bezüglich des unzulässigen Teils nichtig sei. Die Entscheidung der Frage ist zweifelhaft. Der § 139 B.G.B. kann nicht herangezogen werden, denn er geht davon aus, daß die Ungültigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts an sich feststeht. Im vorliegenden Fall ist es aber ja gerade die Frage, ob nur ein Teil der Lohneinbehaltungsabrede ungültig sei. Man wird sich wohl dahin entscheiden müssen, daß bei einer Verletzung des § 119a die ganze Lohneinbehaltung nichtig ist, daß also der Arbeiter den ganzen Kautionsbetrag vom Arbeitgeber verlangen kann, denn eine solche Lohneinbehaltung verstößt eben einmal gegen ein gesetzliches Verbot und ist daher nichtig.[8]) Nach § 134c G.O. ist die gegen § 119a G.O. verstoßende Bestimmung einer Arbeitsordnung ebenfalls nichtig. Der gewerbliche Arbeitsvertrag bleibt aber, abgesehen von der Lohneinbehaltungsabrede, unter allen Umständen stets gültig; in dieser Beziehung trifft der in § 139 B.G.B. vorgesehene Ausnahmefall wohl stets zu.

Sind die zwingenden Vorschriften der §§ 122, 133aa G.O. über die Gleichheit und Dauer der Kündigungsfrist verletzt, so ist nach dem

---

7) Über § 119a G.O. im allgemeinen vgl. die Kommentare zur G.O.; über sein Verhältnis zu § 394 B.G.B. vgl. unten § 19.

8) Die Frage ist in der Literatur noch nicht speziell behandelt; Nelken S. 546 sagt nur: Die höhere Lohneinbehaltung verstößt gegen das Gesetz und ist nach § 134 B.G.B. nichtig; Sinzheimer S. 25 scheint der im Text vertretenen Ansicht zu sein.

Wortlaut dieser Vorschriften lediglich die Abrede über die Kündigungsfrist nichtig. Der Arbeitsvertrag als solcher bleibt gültig (vgl. § 139 B.G.B.); an die Stelle der nichtigen Vereinbarungen treten die gesetzlichen Bestimmungen über die Dauer der maßgebenden Kündigungsfristen.[9] Ist bei Akkordarbeit bestimmt, daß das Arbeitsverhältnis von beiden Teilen jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gelöst werden könne, daß aber angefangene Akkordarbeiten vor dem Austritt stets fertig zu machen seien, so muß auch bezüglich dieser Bestimmung stets Gleichheit auf beiden Seiten bestehen; dem Arbeiter muß also auch das Recht der Fertigstellung ausdrücklich zugesprochen sein.[10] Ist dies nicht geschehen, so ist die ganze Abrede nichtig und es greift die gesetzliche Kündigungsfrist Platz.[11]

Die von einem Arbeitgeber und einem Betriebsbeamten im Sinn der §§ 133a ff. G.O. getroffene Vereinbarung der Konkurrenzklausel ist nach § 133f G.O. nichtig, wenn sie die im Abs. 1 vorgesehenen Schranken überschreitet oder wenn der angestellte Betriebsbeamte zur Zeit des Abschlusses des Vertrags minderjährig ist.[12] Eine analoge Anwendung des § 133f G.O. auf die andern gewerblichen Arbeiter ist wohl nicht angängig; doch kann für sie der dem § 133f G.O. u. § 74 H.G.B. innewohnenden Tendenz durch Anwendung des § 138 B.G.B. Rechnung getragen werden.[13]

Zu den einzelnen Bestimmungen der zweiten Gruppe ist hier folgendes zu bemerken: Die §§ 115—118 G.O. beschäftigen sich mit dem Trucksystem. Der § 115 Abs. 1 enthält das Gebot der Barzahlung des Lohns; der § 115 Abs. 2 zählt die Fälle auf, in denen dem Arbeitgeber statt der Zahlung des baren Lohns die Leistung anderer Dinge an Erfüllungsstatt gestattet ist. Vereinbarungen, welche dem § 115 zuwiderlaufen, sind nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 117 nichtig; ebenso ist aber auch bei dem Fehlen einer solchen Vereinbarung die dem § 115

---

9) Ebenso Schenkel Anm. 7 u. 8 zu § 122 G.O.; Lotmar S. 591; vgl. dazu Unger Nr. 69 ff.

10) Ebenso G.G. u. L.G. Berlin in der soz.-Praxis 10 S. 844; auch G.G. Leipzig im Gew.-G. 5 S. 131.

11) Ebenso Nelken S. 612 u. 746; a. M. L.G. Berlin a. a. O., das hier den Ausschluß der Kündigungsfrist bestehen lassen will. Vgl. hiezu noch Landmann Anm. 3 zu § 122 G.O.; Burchardt S. 49; G.G. 5 S. 114.

12) Vgl. unten § 11 zu Anm. 14.

13) Vgl. Endemann B. I § 103 Anm. 9b u. Mandry-Geib § 38 Anm. 3, sowie die dort vermerkte Literatur; auch Lotmar S. 254.

zuwiderlaufende Erfüllung des Arbeitgebers nach § 116 nichtig. Der § 364 Abs. 1 B.G.B. findet hier keine Anwendung, da die Aufhebung des § 116 G.O. durch das B.G.B. sich in keiner Weise ergibt. Abgesehen von diesen zivilrechtlichen Wirkungen eines Verstoßes gegen § 115 G.O. werden Gewerbetreibende, welche ihm zuwiderhandeln, auch noch durch § 146 Z. 1 G.O. mit krimineller Strafe bedroht. Durch einen Verstoß gegen § 115 G.O. wird nicht der Arbeitsvertrag in seinem ganzen Umfang nichtig. Dies ist selbsverständlich, wenn der Verstoß nicht auf Vereinbarung der Parteien beruht, sondern lediglich in der Erfüllungshandlung des Arbeitgebers zum Ausdruck kommt. Aber auch wenn die Parteien schon bei Abschluß des Arbeitsvertrags diesem einen nach § 115 G.O. nicht zulässigen Inhalt gegeben haben, so wird wohl in Anwendung des § 139 B.G.B. in den meisten Fällen anzunehmen sein, daß nicht der ganze Arbeitsvertrag, sondern lediglich die gegen § 115 verstoßende Lohnabrede nichtig ist.[14]) Bezüglich der Lohnberechnung ist dann § 612 B.G.B. anzuwenden. Zu bemerken ist noch, daß der Arbeiter infolge der Nichtigkeit der Erfüllungshandlung des Arbeitgebers hier stets nochmalige und zwar gesetzmäßige Erfüllung verlangen kann (§ 116 G.O.).[15]) Der Arbeiter kann weiterhin diejenigen baren Beträge, die er seinem Arbeitgeber zur Tilgung einer Forderung aus unerlaubtem Warenkredit hingegeben hat, wieder zurückverlangen; er muß sie aber nach § 118 den dort bezeichneten Kassen herausgeben.

Der § 115 G.O. ist durch das B.G.B., insbesondere durch § 394 B.G.B. nicht beseitigt worden, sondern nach wie vor zu beobachten.[16])

Die §§ 120a—e G.O. geben eine Reihe von Bestimmungen zum Schutz des Arbeiters gegen Gefahren für Leben, Gesundheit u. s. w. Diese Bestimmungen bleiben neben dem B.G.B. in Kraft, denn der § 618 B.G.B. will nur die in § 120a—e G.O. gegebenen Vorschriften auf alle Dienstverhältnisse erstrecken.[17]) Neu ist der § 618 Abs. 2 B.G.B., der auch auf den gewerblichen Arbeitsvertrag anzuwenden ist. Die G.O. enthält keine Bestimmungen über die zivilrechtlichen Folgen einer Verletzung

---

14) Ebenso Nelken S. 537. Zu bemerken ist zu § 116 G.O., daß die Einrede der Verjährung nicht als ausgeschlossen erscheinen kann; ebenso Nelken S. 534; Schenkel Anm. 3 zu § 116 G.O.; Burchardt S. 29.

15) Ebenso Nelken S. 540; a. M. Schenkel u. Burchardt a. a. O. Dieselben übersehen dabei, daß für den Arbeiter nicht einmal eine obligatio naturalis im gemeinrechtlichen Sinn besteht, denn der Arbeitgeber kann seine Forderung weder einklagen noch durch Aufrechnung „oder sonst“ geltend machen.

16) Vgl. hierüber näheres unten § 16.

17) So Prot. II S. 290.

der erwähnten Bestimmungen; eine strafrechtliche Bestimmung enthält der § 147 Z. 4 G.O.[18]) In § 618 Abs. 3 B.G.B. ist aber als zivilrechtliche Folge einer Verletzung der dem Arbeitgeber in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Arbeiters obliegenden Verpflichtungen seine Schadensersatzpflicht nach den für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842—846 B.G.B. festgestellt.[19]) Der § 618 Abs. 3 B.G.B. hat aber infolge des § 135 des Gewerbeunfallversicherungsgesetzes vom 5. Juli 1900, vgl. mit § 57 des Krankenversicherungsgesetzes und § 54 des Invalidenversicherungsgesetzes, praktisch keine große Bedeutung.[20])

Nach § 619 B.G.B. können die dem Arbeitgeber nach § 618 obliegenden Verpflichtungen nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden. Der Vorschrift des § 618 ist „aus sozialpolitischen Erwägungen“[21]) zwingender Charakter beigelegt. Die gleichen Erwägungen müssen selbstverständlich auch für die §§ 120a—e G.O. gelten; sie sind daher unbedenklich ebenfalls als zwingende Vorschriften anzusehen, zumal da sie als solche schon unter der Herrschaft des alten Rechts anerkannt worden sind.

Hat der Arbeiter durch vertragliche Abmachung den Arbeitgeber von der Einhaltung der sich aus den erwähnten Bestimmungen für ihn ergebenden Verpflichtungen im voraus entbunden, so wird man wohl anzunehmen haben, daß die Nichtigkeit dieser Abmachung die Nichtigkeit des ganzen Arbeitsvertrags nicht zur Folge hat (§ 139 B.G.B.).[22])

Fraglich erscheint, ob die §§ 105a—i, 115a, 135—137 G.O.[23]) eine gesetzliche Beschränkung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit enthalten. Sie wenden sich lediglich an den Arbeitgeber mit der Wendung: Arbeiter „dürfen nicht“ unter gewissen Voraussetzungen beschäftigt werden;

---

18) Weitere strafrechtliche Folgen s. bei Schicker Anm. 2 zu § 120a G.O.

19) Wegen des früheren Rechts vgl. Prot. II S. 293; Mandry-Geib Anm. 11 zu § 45 u. die dort erwähnten Entsch. des R.G.

20) Es wird daher hier auf die eingehenden Ausführungen verwiesen, welche Nelken S. 568 ff. über diese Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers gibt.

21) Vgl. Prot. II S. 294.

22) Der Arbeiter kann, falls die Voraussetzungen des § 124 Z. 5 G.O. zutreffen, ohne Einhaltung der maßgebenden Kündigungsfrist austreten.

23) Die §§ 106, 126, 135 Abs. 1 Satz 1 G.O. befassen sich nicht mit dem hier in Frage stehenden Inhalt des Vertrags, sondern mit der Frage der Fähigkeit zum Vertragsabschluß; vgl. hierüber oben § 7; ebenso kommt der § 107 G.O. hier nicht in Frage (vgl. oben § 8 Anm. 1).

nur in § 105a ist die Wendung: „können nicht“ gebraucht.[24]) Eine Zuwiderhandlung gegen die erwähnten Vorschriften begründet die Strafbarkeit des Arbeitgebers.[25]) Wenn nun die Parteien bei dem Abschluß des Arbeitsvertrags vereinbaren, daß der Arbeiter trotz des gesetzlichen Verbots am Sonntag, oder daß die Fabrikarbeiterin, der jugendliche Arbeiter über die erlaubte Zeit hinaus arbeiten sollen, so verstoßen diese Vereinbarungen zweifellos gegen ein gesetzliches Verbot. Hält man den § 134 B.G.B. hier für anwendbar, so ist diese Vereinbarung nichtig und der Arbeitsvertrag ganz, z. B. wenn bloß für einen Sonntag Arbeit versprochen war, oder teilweise nichtig.[26]) Die Folge davon wäre, daß dem Arbeiter für die in der verbotenen Zeit geleistete Arbeit kein Lohnanspruch zustünde.[27]) Ob ihm statt dessen ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zuzugestehen sei, erscheint mit Rücksicht auf die §§ 307, 817 B.G.B. als zweifelhaft. Aber wenn auch dem Arbeiter in diesem Fall ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zur Seite stehen sollte, so wäre er doch immer noch im Nachteil, denn dieser Anspruch würde nicht den Schutz des Lohnanspruchs genießen, also z. B. unbeschränkt pfändbar sein. Diese Folge kann der Absicht des Gesetzgebers, der hier den Arbeiter schützen, aber sicher niemals benachteiligen will, nicht entsprechen. Nelken glaubt, durch Heranziehung des § 141 Abs. 2 B.G.B. einen Ausweg gefunden zu haben. Er führt aus:[28]) Ein Arbeitsvertrag, der gegen § 135 G.O. verstoße, sei gemäß § 134 B.G.B. nichtig. Sei indeß gleichwohl erfüllt worden, so werde dies als eine Bestätigung im Sinn des § 141 Abs. 2 B.G.B. zu erachten sein; der Vertrag werde alsdann für die Zeit, für welche der Arbeiter die Arbeit geleistet hat, als von Anfang an gültig angesehen und übe infolgedessen auch die öffentlichrechtlichen Wirkungen aus. Die gleiche Er-

---

24) Vgl. Art. 32 der Reichsverfassung: Die Mitglieder des Reichstags „dürfen“ als solche keine Besoldung oder Entschädigung beziehen u. dazu die R.G.E. im C.S. B. 16 S. 88, ferner B. 17 S. 300; Planck S. 25; Staub Anm. 4 zu § 179 H.G.B.

25) Auch wenn der Arbeitgeber die verbotene Tätigkeit des Arbeiters bloß duldet, so K.G. Berlin bei Rohrscheidt B. I zu § 105b G.O.

26) Mandry-Geib § 45 zu Anm. 8 u. 9 erklären Arbeitsverträge mit jugendlichen Arbeitern insoweit für partiell nichtig, als die §§ 135, 136 G.O. verletzt werden.

27) So in der Tat Lotmar S. 110 ff. u. G.G. u. L.G. Wien im Gew.-G. 5 S. 35 für Sonntagsarbeit; s. dagegen die Redaktionsbemerkung daselbst; Vereinbarungen über Leistung von Sonntagsarbeit erklären Mandry-Geib a. a. O., Schicker Anm. 2 zu § 105a G.O., Nelken S. 363 für nichtig, ohne sich über die Frage der Gültigkeit des Arbeitsvertrags hier auszusprechen.

28) Nelken S. 845 u. 846.

wägung, die Nelken bei § 135 G.O. hier anstellt, wäre bei allen hier in Betracht kommenden Vertragsvorschriften der G.O. anwendbar. Der Ansicht Nelkens kann aber nicht beigetreten werden, denn er verkennt das Wesen der Bestätigung im Sinn des § 141 Abs. 2 B.G.B. Die Erfüllung einer nichtigen Vereinbarung an sich hat niemals die Bedeutung der Bestätigung; sie begründet vielmehr nur einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.[29]) Die Bestätigung ist Neuvornahme eines Rechtsgeschäfts und ist nur rechtswirksam, wenn sie selbst nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.[30]) Ist das Rechtsgeschäft der Bestätigung von dem Mangel des vorangegangenen Rechtsgeschäfts frei, so tritt nach § 141 B.G.B. Rückwirkung ein. Ein Verstoß gegen § 135 G.O. liegt aber nicht bloß in der Vereinbarung einer zu langen Arbeitszeit, sondern auch in der Annahme der Arbeit, also in der Erfüllung des Arbeiters; der Arbeiter kann auf die Einhaltung der hier in Frage kommenden Verbotsgesetze nicht mit der Wirkung verzichten, daß sie mit dem Verzicht durchaus in Wegfall kommen, denn es handelt sich um Nichtigkeit, nicht bloß um Anfechtbarkeit.

Der Ansicht, daß bei einer Verletzung der §§ 105a—i, 135—137 G.O. ganze oder partielle Nichtigkeit des Arbeitsvertrags gemäß § 134 B.G.B. anzunehmen sei, kann nun aber nicht beigetreten werden.[31])

Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot tritt nach § 134 nur ein, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“. Die Motive[32]) sagen hierüber: „Die Ausnahmen sind durch den der Vorschrift beigefügten, der gegenteiligen Absicht des Gesetzes Rechnung tragenden Vorbehalt gedeckt“. Dann fahren sie fort: „Anders liegen meist die Fälle, in welchen bei einem Vertrag das Verbot nur den einen Teil trifft. Der Regel nach wird anzunehmen sein, daß der Vertrag als solcher in einem derartigen Falle nicht ungültig ist. Es kommt indessen hier gleichfalls auf die Absicht des Gesetzes im einzelnen Fall an und der Vorbehalt genügt daher auch in dieser Richtung“. Die Absicht des Gesetzes geht bei den erwähnten Bestimmungen der G.O. ganz offensichtlich dahin, den Arbeiter zu schützen; der Gesetzgeber will doch ganz gewiß der Fabrikarbeiterin nicht einen Teil ihres rechtlich besonders geschützten Lohnanspruchs nehmen. Daher

---

29) Ebenso Crome, System I § 81 Anm. 5.

30) Vgl. Mot. I S. 217; Gareis Anm. 3 zu § 141 B.G.B.

31) Die Ansicht, daß eine gegen § 116a G.O. verstoßende Lohnzahlung nichtig sei, wird wohl nirgends vertreten.

32) Mot. I S. 210.

richtet er sein Verbot auch lediglich an den Arbeitgeber; ihm ist die Annahme eines Arbeitsangebots in diesen Fällen untersagt. Dem Arbeiter ist die Arbeitsleistung hier nicht verboten;[33]) er ist ja auch strafrechtlich nicht Teilnehmer an dem Delikt des Arbeitgebers.[34]) Bezüglich dieser Bestimmungen der G.O. ist also festzustellen, daß sich aus dem Gesetz etwas anderes ergibt, als die in § 134 B.G.B. vorgesehene Nichtigkeit.[35]) Die Arbeitsverträge, welche gegen diese Verbote verstoßen, sind zivilrechtlich in ihrem ganzen Umfang gültig.[36])

Abgesehen von den bisher behandelten Vorschriften des B.G.B. und der G.O. wird der Grundsatz der Vertragsfreiheit noch beschränkt durch § 5 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871, vgl. mit 42 des E.G. zum B.G.B., durch § 80 des Krankenversicherungsgesetzes in der Fassung vom 10. April 1892, durch § 147 des Invalidenversicherungsgesetzes vom 13. Juli 1899, durch § 141 des Gewerbeunfallversicherungsgesetzes vom 5. Juli 1900, durch § 152 des Unfallversicherungsgesetzes für Land- und Forstwirtschaft vom 5. Juli 1900, durch § 45 Abs. 2 des Bauunfallversicherungsgesetzes vom 5. Juli 1900 und durch § 139 des Seeunfallversicherungsgesetzes vom 5. Juli 1900. Hienach sind Verträge, durch welche die Anwendung der Bestimmungen dieser Gesetze zum Nachteil der Arbeiter ausgeschlossen werden, nichtig; die Arbeitgeber bezw. ihre Stellvertreter machen sich durch den Abschluß solcher Verträge straflos. Der Arbeitsvertrag bleibt aber im übrigen selbstverständlich gültig.

Zu erörtern ist hier endlich noch die Frage, inwieweit der Grundsatz der Vertragsfreiheit durch den § 2 des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869, betr. die Beschlagnahme des Arbeitslohns oder Dienstlohns,[37]) beschränkt werde.

---

33) Wohl aber kann er sie jederzeit verweigern und wegen einer solchen Verweigerung vom Arbeitgeber nicht sofort entlassen werden; vgl. Gew.-G. 3 S. 25 u. 74.

34) Ebenso Lotmar S. 486; eine Vereinbarung, durch welche der Arbeitgeber die gegen ihn verhängte Strafe auf den Arbeiter abwälzt, verstößt gegen die guten Sitten; ebenso G.G. Frankfurt a. M. im Gew.-G. 8 S. 63.

35) Zu dem gleichen Ergebnis werden wohl auch Endemann § 9 Anm. 5 u. 6 u. Gareis Anm. 4 u. 5 zu § 134 B.G.B., die den gegen das Gebot der Sonntagsruhe verstoßenden Verkauf für gültig erklären, kommen, insofern sie das Rechtsgeschäft nur dann für nichtig ansehen, wenn sich aus dem „Strafgrund“ ergebe, daß es zu einem materiell rechtswidrigen gestempelt werden solle.

36) Vgl. auch Nelken S. 639 u. Wendt im Archiv für ziv. Praxis B. 92 S. 33–39, der auf die G.O. nicht eingeht, aber Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts bei Einseitigkeit der Strafandrohung annimmt.

37) Vgl. B.Bl. von 1869 S. 242 u. von 1871 S. 63 u. die Nov. vom 29. März 1897 u. im Art. III des E.G. zur C.P.O. vom 17. Mai 1898.

Mit Rücksicht auf die große Bedeutung, welche dem L.B.Ges. sowohl bei der hier zu erörternden Materie, als auch in der Lehre von der Aufrechnung zukommt, wird der Wortlaut der beiden ersten Paragraphen dieses Gesetzes hier wiedergegeben. Dieselben lauten:

§ 1: Die Vergütung (Lohn, Gehalt, Honorar u. s. w.) für Arbeiten oder Dienste, welche auf Grund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses geleistet werden, darf, sofern dieses Verhältnis die Erwerbstätigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, zum Zwecke der Sicherstellung oder Befriedigung eines Gläubigers erst dann mit Beschlag belegt werden, nachdem die Leistung der Arbeiten oder Dienste erfolgt und nachdem der Tag, an welchem die Vergütung gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig zu entrichten war, abgelaufen ist, ohne daß der Vergütungsberechtigte dieselbe angefordert hat.

§ 2: Die Bestimmungen des § 1 können nicht mit rechtlicher Wirkung durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Soweit nach diesen Bestimmungen die Beschlagnahme unzulässig ist, ist auch jede Verfügung durch Zession, Anweisung, Verpfändung oder durch ein anderes Rechtsgeschäft ohne rechtliche Wirkung.[38])

Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit durch § 2 Abs. 1 insoweit beschränkt ist, als der § 1 die Pfändung der Lohnforderung untersagt.[39]) Der Gesetzgeber hat sich aber nicht damit begnügt, eine Vereinbarung der Parteien, durch welche der Arbeiter auf die Wirksamkeit des § 1 vertragsmäßig verzichtet, für nichtig zu erklären. Er hat vielmehr in § 2 Abs. 2 auch noch alle Rechtsgeschäfte, durch welche der in § 1 verpönte Erfolg auf Umwegen hergestellt werden könnte, für nichtig erklärt. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit bezieht sich nur auf den Inhalt des vom Arbeitgeber und Arbeiter abgeschlossenen Arbeitsvertrags. Es sind daher in diesem Zusammenhang die ungültigen Rechtsgeschäfte auszuscheiden, welche der

---

[38]) Dem L.B.Ges. unterstehen nicht die in § 850 Z. 8 C.P.O. genannten Personen; diejenigen Angestellten, deren Vergütung im ganzen für das Jahr die Summe von 1500 ℳ übersteigt, unterstehen nach § 4 des Gesetzes bezüglich des diese Summe übersteigenden Betrags ebenfalls dem Gesetz nicht. Bei einem Jahresgehalt von 1800 ℳ können also 25 ℳ pro Monat gepfändet werden. Weitere Ausnahmen von untergeordneter Bedeutung s. in § 4 des Gesetzes.

[39]) Über die Bedeutung des § 1 s. näheres unten § 17.

Arbeiter mit einem Dritten abschließt, also insbesondere die Zession (§ 398 B.G.B.), die Anweisung (§ 783 B.G.B.) und die Verpfändung der Lohnforderung an einen Dritten. Dagegen wird der Grundsatz der Vertragsfreiheit beschränkt durch das Verbot des sog. pignus debiti.[40] Wenn der Arbeiter rechtlich nicht in der Lage ist, die Lohnforderung in dem nach § 1 des L.B.Ges. begrenzten Umfang seinem Arbeitgeber für eine ihm zustehende Gegenforderung zu verpfänden, so muß man ihm insoweit auch die Befugnis zur Abgabe eines Versprechens, diese Gegenforderung durch Erlaß seiner Lohnforderung oder durch Aufrechnung zu tilgen, absprechen, denn das Pfandrecht ist ja gegenüber von Erlaß und Aufrechnung das minus. Der vor Fälligwerden der Lohnforderung abgeschlossene Aufrechnungsvertrag ist ein Rechtsgeschäft, durch das der Arbeiter über seinen noch nicht verdienten Lohn verfügt; er ist also nach § 2 des L.B.Ges. ohne rechtliche Wirkung.[41] Wenn der Arbeiter seinem Arbeitgeber im Weg des Vertrags das Recht zuspricht, sich für eine Gegenforderung durch Aufrechnung, also durch Selbstexekution zu befriedigen, so ist die Sachlage die ganz gleiche, wie wenn er einem externen Gläubiger die Lohnforderung zur Deckung einer Schuld abtritt. In beiden Fällen soll sein Gläubiger durch die Realisierung der Lohnforderung befriedigt werden. „Verfügung“ ist also, wirtschaftlich gesprochen, gleichbedeutend mit „Verwertung“.

Der Umstand, daß bis zum 1. Januar 1900 die gesetzliche Aufrechnung gegen die Lohnforderung im vollen Umfang zulässig gewesen ist,[42] ändert an diesem Ergebnis nichts. Solange die gesetzliche Aufrechnung zulässig war, war das Verbot der compensatio voluntaria praktisch ohne Bedeutung, denn wenn die Voraussetzungen für die Aufrechnung vorlagen, so konnte der Arbeitgeber aufrechnen, mochte der Arbeiter damit einverstanden sein oder nicht. Nachdem nunmehr die gesetzliche Aufrechnung durch § 394 B.G.B. innerhalb der Schranken des § 1 des L.B.Ges. verboten ist, muß auch der § 2 des L.B.Ges. auf den

---

40) Vgl. hierüber Oertmann, das Pfandrecht an eigener Schuld (pignus debiti) im Arch. für ziv. Praxis B. 81 S. 61 ff. u. Sinzheimer S. 17; s. ferner unten § 19.

41) Ebenso Sigel im Gew.-G. 6 S. 40 u. 7 S. 196; Staub Anm. 34 zu § 59 H.G.B.; v. Schulz in der Soz. Pr. 10 S. 67; Lotmar S. 408; Schalhorn in der Soz. Pr. 10 S. 926; Sinzheimer S. 19 u. die dort Anm. 26 zitierten Schriftsteller: Oertel im sächs. Archiv B. 8 S. 607 ff.; Schmelzle, daselbst S. 291; Meyer B. 10 S. 39; ferner R.G.E. in C.S. 41 S. 54; A.G. Köln im Gew.G. 6 S. 123; L.G. Magdeburg im Gew.-G. 4 S. 95; a M. ein Erlaß des preuß. Eisenbahnministers vom 31. Jan. 1900 im Gew.-G. 6 S. 29 u. G.G. Hamburg im Gew.-G. 6 S. 65.

42) Vgl. hierüber unten § 17 zu Anm. 5.

Aufrechnungsvertrag angewandt werden. Gerade dadurch, daß der Gesetzgeber den § 2 des L.B.Ges. mit seinem alle rechtsgeschäftlichen Verfügungen umfassenden Wortlaut neben dem § 394 B.G.B. hat bestehen lassen, hat er zum Ausdruck gebracht, daß der Aufrechnungsvertrag ohne rechtliche Wirkung ist insoweit, als die Lohnforderung der Pfändung nicht unterworfen ist. Der zwingende Charakter des § 394 B.G.B. ergibt sich nicht aus dem B.G.B., das sich mit der compensatio voluntaria gar nicht befaßt, sondern aus dem § 2 des L.B.Ges.[43])

Ist im Zusammenhang mit dem Arbeitsvertrag ein unzulässiger Aufrechnungsvertrag abgeschlossen, so ist nicht der ganze Arbeitsvertrag nichtig. Dies ist nach § 139 B.G.B. ohne weiteres anzunehmen; die Aufrechnungsabrede ist also einfach zu streichen.[44])

Eine besondere Betrachtung ist in diesem Zusammenhang auch noch dem § 117 Abs. 2 G.O. zu widmen. Sinzheimer[45]) kommt zu dem Ergebnis, daß dieser § 117 Abs. 2 den Aufrechnungs- und Erlaßvertrag hinsichtlich des Lohns über die Grenzen des L.B.Ges. hinaus untersage. Es ist nicht zu bestreiten, daß der § 117 Abs. 2 mit seinem ganz allgemein gehaltenen Wortlaut in diesem Sinn ausgelegt werden kann. Der Aufrechnungsvertrag kann ohne jeden Zwang als „eine Verabredung über die Verwendung des Verdienstes des Arbeiters zu einem andern Zwecke als zur Beteiligung an Einrichtungen zur Verbesserung der Lage der Arbeiter oder ihrer Familien" angesehen werden. Allein dem Willen des Gesetzgebers wird man bei dieser Auslegung nicht gerecht.[46]) Der Gesetzgeber hat bei der Schaffung des § 117 Abs. 2 sicher so wenig an den Aufrechnungsvertrag gedacht, als bei der des § 2 des L.B.Ges., denn er ging ja von der Zulässigkeit der gesetzlichen Aufrechnung aus. Nachdem die letztere durch § 394 B.G.B. im gleichen Umfang wie die Lohnpfändung für unzulässig erklärt worden ist, wird man sich mit der Annahme, daß der Aufrechnungsvertrag auch nur in diesem Umfang ungültig sei, mit dem Willen des Gesetzgebers in Überein-

---

[43]) Wegen seines öffentlichrechtlichen oder sozialpolitischen Charakters oder ohne weitere Begründung erklären den § 394 B.G.B. für eine zwingende Vorschrift: Fuld in der Zeitschr. für Sozialwissenschaft 4 S. 351 u. in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 66 S. 77 ff.; Burchardt S. 35 u. in der deutschen Juristenzeitung 5 S. 262; v. Frankenberg in der Soz. Pr. 9 S. 361 ff.; Nelken S. 524; Stadthagen S. 140; Schicker Anm. 5 zu § 115 G.O.; Fröhlich im Gew.-G. 5 S. 167; G.G. Berlin im Gew.-G. 6 S. 21; G.G. Dortmund im Gew.-G. 6 S. 98; vgl. auch Sinzheimer S. 35 ff.

[44]) Ebenso Sinzheimer S. 39.

[45]) Sinzheimer S. 28.

[46]) Vgl. Sigel im Gew.-G. 7 S. 198.

stimmung befinden. Es ist also anzunehmen, daß der § 117 Abs. 2 sich auf den Aufrechnungsvertrag nicht beziehe; das Wort „Verwendung“, das der § 117 Abs. 2 gebraucht, schließt diese Auslegung nicht direkt aus.

Übrigens ist die ganze Frage praktisch nicht von großer Bedeutung, denn jenseits der Grenzen des L.B.Ges. ist ja die gesetzliche Aufrechnung zulässig; sie greift auch Platz, wenn der Aufrechnungsvertrag nach § 117 Abs. 2 G.O. ungültig sein sollte.

§ 11.

Die gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfte.

Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nach § 138 Abs. 1 B.G.B. nichtig.[1]) Der Arbeitsvertrag, der in seinem ganzen Umfang gegen die guten Sitten verstößt, ist also nichtig; dies ist z. B. der Fall, wenn die Arbeitsleistung mit den guten Sitten nicht im Einklang steht.[2]) Ist nur eine einzelne Abmachung nichtig, so ist nach § 139 B.G.B. zu entscheiden. Maßgebend ist nicht bloß die Natur der einzelnen Vertragsleistung, sondern der ganze Inhalt des Vertrags.[3])

Im § 138 Abs. 2 B.G.B. ist als Beispiel eines gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts das wucherische Rechtsgeschäft hervorgehoben.[4]) Außer Zweifel ist, daß der § 138 Abs. 2 auch auf den

---

1) Über den Begriff: gute Sitten vgl. die Lehrbücher des b. Rechts, insbesondere Lotmar, der unmoralische Vertrag (1896); übrigens ist vor einer zu weitgehenden Heranziehung des § 138 gerade bei dem gewerblichen Arbeitsvertrag zu warnen, denn die Ansichten der Arbeitgeber und Arbeiter sind hier häufig sehr verschieden.

2) Man denke an die Animiermamsell in der Kneipe der Großstadt; vgl. auch Unger Nr. 20.

3) Vgl. Mot. I S. 211. Eine Abrede, durch welche dem Arbeiter die Betätigung seiner politischen Rechte und der Koalitionsbefugnis genommen wird, verstößt gegen die guten Sitten; ebenso Köhne, die Arbeitsordnungen S. 237; Lotmar S. 115; Baum im Gew.-G. 8 S. 21; Nelken S. 800; vgl. auch Kulemann in der Soz. Pr. 11 S. 1065; ferner v. Stumm im Reichstag 1890/91 B. 4 S. 2291; Soz. Pr. 12 S. 120.

4) Vgl. hiezu Raiser, die privatrechtl. Behandlung des Wuchers, Tüb. Inaug.-Diss. von 1898 u. die dort erwähnte Literatur. Raiser weist darauf hin, daß der Wucher, soweit durch ihn der Tatbestand der §§ 302a u. 302e St.G.B. verwirklicht werde, gegen ein gesetzliches Verbot verstoße, also dem § 134, nicht dem § 138 B.G.B. unterstellt werden sollte. Er geht aber zu weit, wenn er deshalb den § 138 Abs. 2 seinem klaren Wortlaut zuwider einfach dem § 134 einverleiben und ihm die Folgen eines gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Rechtsgeschäfts zuschreiben will. Der Gesetzgeber will nun eben einmal den Wucher unter dem Gesichtspunkt des § 138 behandelt wissen; wie Raiser auch Wendt im Archiv für die ziv. Praxis 92 S. 29.

gewerblichen Arbeitsvertrag anwendbar ist. Eine Bewucherung des Arbeitgebers durch den Arbeiter wird zwar in der Praxis kaum vorkommen, obgleich sie theoretisch durchaus möglich ist.[5]) Dagegen kennt die Praxis den umgekehrten Fall, die Gewährung sog. Hungerlöhne.[6]) Selbstverständlich darf der Richter nicht schon dann die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 als gegeben erachten, wenn dem Arbeiter nach seiner Ansicht ein zu niedriger Lohn zugesagt ist.[7]) Vielmehr muß festgestellt werden, daß der Arbeitgeber unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Arbeiters sich oder einem Dritten für die Lohnzahlung eine Arbeitsleistung hat versprechen oder gewähren lassen, welche den Wert der Lohnzahlung dergestalt übersteigt, daß den Umständen nach die durch die Arbeitsleistung bewirkten Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Lohnzahlung stehen. Ausbeutung ist Mißbrauch gegenüber den normalen Verhältnissen. Liegen die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 vor, so ist der ganze Arbeitsvertrag nichtig; dies geht aus dem § 138 Abs. 2 ohne weiteres hervor. Die wucherliche Ausbeutung beeinflußt den Gesamtcharakter des Vertrags; der Verstoß gegen die guten Sitten liegt schon in seiner Eingehung.[8]) Die Nichtigkeit ist eine totale und vom Richter von Amts wegen zu beachten. Die Parteien können das wucherliche Arbeitsverhältnis jederzeit, d. h. sowohl vor wie nach Aufnahme der Arbeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist einseitig lösen.[9])

Was die weiteren Ansprüche des bewucherten Arbeiters betrifft, so haftet ihm der Arbeitgeber sowohl unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes, als unter dem der ungerechtfertigten Bereicherung. In ersterer Beziehung ist sowohl § 823 Abs. 2 als § 826 B.G.B. anwendbar. Denn der § 138 Abs. 2 B.G.B. ist doch jedenfalls ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz; auf der andern Seite ist der vom § 826 geforderte Vorsatz mit der Feststellung einer Ausbeutung im Sinn des § 138 Abs. 2 wohl stets als vorliegend zu erachten.[10]) Der Bereicherungsanspruch des Arbeiters ergibt sich aus § 817 B.G.B.

---

[5]) Vgl. hiezu Jastrow im Gew.-G. 6 S. 137 u. Sigel daselbst 7 S. 78; Lotmar S. 171.

[6]) Vgl. Raiser a. a. O. S. 14; Endemann I § 123 Anm. 5; Cosack I § 63 Anm. 14; Staub Anm. 23 zu § 59 H.G.B.; G.G. Stuttgart im Gew.-G. 6 S. 142.

[7]) Vgl. G.G. Hamburg im Gew.-G. 7, 156.

[8]) Ebenso Raiser a. a. O. S. 31.

[9]) Die §§ 123, 124 G.O. kommen hier gar nicht in Frage, da sie einen an sich rechtsgültigen Arbeitsvertrag voraussetzen.

[10]) Raiser a. a. O. S. 65 will nur § 826 hier anwenden, weil der Gesetzgeber den Wucher unter die gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfte eingereiht

Da die Arbeitsleistung nicht zurückgewährt werden kann, steht dem bewucherten Arbeiter sowohl unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes (§ 251 B.G.B.) als unter dem der Bereicherung (§ 812, 818 Abs. 2 B.G.B.) ein Geldanspruch zu.[11]) Im einen wie im andern Fall kann er jedenfalls Nachzahlung der Differenz zwischen dem bezahlten Wucherlohn und dem nach § 612 Abs. 2 B.G.B. zu ermittelnden Lohnbetrag verlangen.[12]) Unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung kann der Arbeiter aber nach § 818 Abs. 2 nicht mehr verlangen, als den ihm entgangenen Mehrwert seiner tatsächlich geleisteten Arbeit. Wohl aber kann er unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes außer dem ihm entgangenen Mehrbetrag seines Lohns auch noch Ersatz für weiteren Schaden (Arbeitslosigkeit, Umzugskosten, unbenützbar gewordenes Eisenbahnabonnement) verlangen. Der Bereicherungsanspruch geht also inhaltlich keineswegs in dem Ersatzanspruch aus der unerlaubten Handlung auf.[13])

Die Frage, ob der Wucherer einen Anspruch auf Rückerstattung seiner Leistung habe, hat für den gewerblichen Arbeitsvertrag keine praktische Bedeutung.[14])

Die Beschränkungen der Konkurrenzklausel, welche der Gesetzgeber in § 133f G.O. für die Angestellten im Sinn des § 133a und in § 74 H.G.B. vorgeschrieben hat,[15]) beruhen, wie allseitig anerkannt ist, auf dem Gedanken, daß eine zu weitgehende Beengung der Bewegungsfreiheit des Angestellten mit den Anschauungen über die guten Sitten nicht verträglich ist. Derselbe Gedankengang trifft auch für den gewöhnlichen gewerblichen Arbeiter zu, der, wie die Praxis lehrt, auch hin und wieder Konkurrenzklauseln unterzeichnen muß. Man wird daher sicher dem Willen des Gesetzgebers gerecht, wenn man hier bei Untersuchung der Frage, ob § 138 B.G.B. anwendbar sei, sich aus dem § 133f G.O. Anhaltspunkte erholt.

Ist auf die Verletzung der Konkurrenzklausel eine unverhältnis-

---

habe; auch Staub Anm. 23 zu § 59 H.G.B. will dem Arbeiter nach § 826 Anspruch auf Entschädigung für die geleisteten Dienste und für die Folgezeit bis zur Erlangung einer neuen Stelle geben.

11) Ebenso Lotmar S. 171 Anm. 1.

12) Vgl. Raiser a. a. O. S. 62.

13) a. M. Raiser a. a. O. S. 69.

14) Raiser a. a. O. S. 93 nimmt an, daß der Wucherer sein Rückforderungsrecht verwirke; ebenso Cohn in Gruchots Beitr. zu Erl. des d. Rechts B. 41 S. 794; Neubecker in der d. Juristenztg. 7 Nr. 24; a. M. Eccius daselbst 8 Nr. 1 S. 41.

15) Vgl. oben § 10 zu Anm. 13 u. G.G. u. L.G. Berlin in der Soz. Pr. 12 S. 405.

mäßig hohe Vertragsstrafe gesetzt, so kann sie auf Antrag des Schuldners nach § 343 B.G.B. durch Urteil auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden.[16])

§ 12.

Die Unmöglichkeit der Leistung.

Nach dem B.G.B. ist zwischen anfänglicher und nachfolgender Unmöglichkeit der Leistung zu unterscheiden. Mit der ersteren beschäftigen sich die §§ 306—308, mit der letzteren die §§ 275, 323—325.

Hier ist zunächst von der anfänglichen, d. h. schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehenden Unmöglichkeit der Leistung zu handeln. Ein auf eine von Anfang an unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nach § 306 B.G.B. nichtig; eine Ausnahme sieht der § 308 vor. Die Nichtigkeit des Vertrags hat im allgemeinen zur Folge, daß die Parteien keinerlei Ansprüche auf den Vertragsabschluß gründen können. Wenn aber der eine Teil bei Schließung eines solchen Vertrags die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, so haftet er dem andern Teil, bei dem diese Voraussetzungen nicht zutreffen, nach § 307 B.G.B. auf das negative Vertragsinteresse.

Das B.G.B. kennt die in der gemeinrechtlichen Doktrin bei der Lehre von der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung meist gemachten Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit, dem „subjektiven Unvermögen", nicht. Die Motive [1]) sagen, das subjektive Unvermögen sei weder als ein bei der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandenes, noch als ein nachträglich eintretendes von Einfluß auf die Verbindlichkeit des Schuldners. Der Schuldner übernimmt eben, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 B.G.B.) beobachten will, bei jedem Leistungsversprechen stillschweigend eine gewisse Garantie für

---

16) Ebenso Planck Vorbem. zum Titel „Dienstvertrag". Ist der Vertrag vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossen worden und die Strafe schon vor diesem Termin verwirkt, so soll nach einer Entsch. des R.G. (vgl. Gruchots Beiträge B. 45 Beil. S. 1076) nicht § 133f G.O. u. § 343 B.G.B., sondern das alte Recht anzuwenden sein. Über die Konkurrenzklausel im allgemeinen vgl. Ritter in der d. Juristenzeitung 7 S. 349. Das O.L.G. Karlsruhe (d. Juristenzeitung 1901 S. 167) folgert aus der Nichtaufnahme von § 74 Abs. 2 u. § 75 H.G.B. in die G.O. mit Recht, daß diese Bestimmungen für die G.O. nicht gelten: a. M. bezüglich des § 75 Abs. 1 H.G.B.; Schicker Anm. 4 zu § 133f G.O. aus Gründen der Billigkeit.

1) Mot. II S. 45, § 279 B.G.B.

dasselbe.[2]) Steht also schon zur Zeit des Vertragsabschlusses fest, daß der Arbeitgeber wegen Mittellosigkeit den Lohn nicht zahlen kann oder daß der Arbeiter wegen ungenügender Kenntnisse die Arbeit nicht aufnehmen kann, so begründen diese Umstände niemals die Annahme der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistungen, welche sich aus dem Vertragsabschluß als Pflichten der Parteien ergeben.

Wenn nun auch die anfängliche Unmöglichkeit für die Lohnzahlung nicht in Frage kommt, so bereitet doch die Frage, wann sie festzustellen sei, bei der Arbeitsleistung Schwierigkeiten; die gleiche Frage erhebt sich auch bei der nachfolgenden Unmöglichkeit.

Man darf hier nicht bloß an den Fall denken, daß ein Arbeiter die Erfindung des perpetuum mobile verspricht. Vielmehr kommen folgende Fälle in Betracht: Die Fabrik, in der der Arbeiter arbeiten soll, brennt ab; das Bergwerk stürzt ein; die Mühle wird durch eine Überschwemmung weggerissen; das zu besorgende Pferd wird durch einen vom Dach gefallenen Ziegelstein getötet; Regen oder Kälte gestatten die Fortführung des Bauwesens nicht; eine behördliche Anordnung, z. B. wegen Landestrauer, untersagt die Fortführung des Betriebs; der Betrieb steht still, weil der Blitz in die Leitung der elektrischen Kraft eingeschlagen hat u. s. w.

Alle diese Umstände können schon zur Zeit des Vertragsabschlusses ohne Wissen der Parteien eingetreten sein; sie können sich aber auch erst nach Abschluß des Vertrags ereignen.

Über die Frage, ob und wann in diesen Fällen Unmöglichkeit der Arbeitsleistung festzustellen sei, besteht ein Widerstreit der Meinungen.[3]) Es ist nämlich die Frage aufgeworfen worden, ob Unmöglichkeit der Arbeitsleistung bloß dann festzustellen sei, wenn der Arbeiter seine Arbeitskraft überhaupt nicht zur Verfügung stellen könne, oder auch schon dann, wenn zwar der Arbeiter seine Arbeitskraft zur Verfügung stelle, wenn aber der Arbeitgeber das Arbeitsangebot infolge eines objektiven Hindernisses nicht abnehmen könne.[4]) Die Entscheidung der Frage ist durch die Heranziehung der §§ 293, 615 B.G.B. erschwert worden. Der hier behandelte Annahmeverzug hat bei der Untersuchung der Frage, wann Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vorliege, ganz außer Betracht

---

2) Ebenso Endemann I § 127 Anm. 11 u. Cosack § 98; ferner unten § 15 Anm. 9; vgl. dagegen Planck Anm. 3 zu § 611 B.G.B.

3) Vgl. hierüber Sigel, außerord. Beil. zum Gew.-G. 5 Nr. 1.

4) Die Frage ist schon in der Reichstagskommission (vgl. Prot. II S. 281) erhoben, aber nicht entschieden worden.

zu bleiben, denn der Annahmeverzug setzt ein vertragsmäßiges Leistungsangebot voraus; ist dieses unmöglich, so fehlt eben die Vorbedingung für den Annahmeverzug.[5])

Die Frage, ob und wann Unmöglichkeit der Arbeitsleistung festzustellen sei, kann vielmehr nur im Hinblick auf den Inhalt des einzelnen Vertrags entschieden werden.[6]) Der Wille der Parteien gibt den Ausschlag. Es darf daher nicht die allgemeine Regel aufgestellt werden,[7]) daß der Dienstpflichtige nicht bloß seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, sondern daß er von vornherein Arbeit nur in einer besonderen Form, z. B. an bestimmten Maschinen, versprochen habe. Ebensowenig darf man in das entgegengesetzte Extrem verfallen und sagen,[8]) das Versprechen des Arbeiters sei gewissermaßen kraft gesetzlicher Regel dahin auszulegen, daß der Arbeiter eben nur seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen habe. Für die Frage, ob bei dem Dienstvertrag der Arbeiter bloß ganz allgemein Arbeit oder Arbeit in einer gewissen Form anbieten müsse, ist also die Entscheidung dem vom Richter zu ermittelnden Willen der Parteien zu entnehmen.[9]) Jede Aufstellung allgemeiner Regeln widerspricht einem der wichtigsten Grundsätze des B.G.B., nämlich der Anerkennung des freien Vertragswillens der Parteien. Durch solche allgemeine Regeln wird aber auch der Praxis die Ellbogenfreiheit genommen, deren sie gerade hier dringend bedarf. Hiernach ist Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, also eines Arbeitsangebots, anzunehmen, wenn der Wille der Parteien erkennbar dahin ging, daß Arbeit nur unter gewissen Voraussetzungen, also z. B. in einer Fabrik,

---

[5]) Vgl. § 297 B.G.B. u. Sigel a. a. O.; ich habe dort nicht genügend beachtet, daß der § 615 B.G.B. ein vertragsmäßiges Arbeitsangebot voraussetzt; ist dieses Angebot unmöglich, so ist es selbstverständlich auch nicht vertragsmäßig. Dem gleichen Fehler ist anscheinend das G.G. Berlin (Soz. Pr. 10, Sp. 636) verfallen.

[6]) So mit Recht Planck Anm. 5 zu § 616 B.G.B. u. Mot. II S. 45.

[7]) Eine solche allgemeine Regel stellt Planck a. a. O. auf; dagegen mit Recht Cuno im Gew.-G. 5, 266; vgl. auch unten § 13 zu Anm. 6.

[8]) Vgl. Prot. II S. 281; auch Stadthagen im Gew.-G. 5, 262 ff.; Cuno a. a. O. u. Schalhorn in der Soz. Pr. 10 S. 926. Der § 324 B.G.B. spricht von einer „anderweitigen Verwendung der Arbeitskraft“ des Arbeiters bei Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, geht also offensichtlich davon aus, daß Unmöglichkeit der Leistung vorliegen kann, auch wenn der Arbeiter seine Arbeitskraft dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt.

[9]) Vgl. Staudinger Anm. VI zu § 616, der bei Fabrikbrand, Verkehrsstörung u. s. w. kein kategorisches Ja oder Nein bezüglich der Streitfrage aussprechen will; vermittelnd ist auch Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 184 u. G.G. Hamburg im Gew.-G. 8 S. 61.

an einer bestimmten Maschinenanlage, auf einem Theater [10]) zu leisten sei und wenn gerade diese Arbeitsleistung infolge eines Brandes, einer Überschwemmung, einer behördlichen Anordnung (Landestrauer) nicht gewährt werden kann. [11]) Kommt aber der Richter auf Grund der Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse zu dem Ergebnis, daß ein Angebot des Arbeitgebers, den Arbeiter an einer andern Maschine als an der beschädigten ohne wesentliche Veränderung der sonstigen vereinbarten Arbeitsbedingungen zu beschäftigen, auch dem Willen der Parteien entspreche, so wird er festzustellen haben, daß der Arbeitgeber ein solches Angebot stellen darf und muß, daß also nicht Leistungsunmöglichkeit vorliegt. Wird ein Arbeiter ausdrücklich zur Entlöschung eines bestimmten Dampfers, dessen Ankunft für den andern Tag in Aussicht genommen ist, eingestellt, so liegt Leistungsunmöglichkeit vor, wenn der Dampfer zur Zeit des Vertragsabschlusses ohne Wissen der Parteien im Sturm untergegangen ist. Hat derselbe Arbeitgeber aber einen Arbeiter eingestellt, ohne ihn zur Entlöschung dieses Dampfers ausdrücklich zu bestimmen, so ist die Arbeitsleistung möglich, selbst wenn der Arbeitgeber den Arbeiter zu dem gleichen Zweck zu verwenden gedachte, denn Mangel an Arbeit begründet nicht ganz allgemein die Annahme, daß die Arbeitsleistung unmöglich sei. [12])

Ist im einzelnen Fall festzustellen, daß Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vorliegt, so ist bei anfänglicher Unmöglichkeit nach den §§ 300 bis 308 B.G.B. zu erkennen. Bei der nachfolgenden Unmöglichkeit sind die §§ 323—325 B.G.B. anzuwenden. Hiernach ergibt sich eine Unterscheidung von drei Fällen: Die Folgen der Unmöglichkeit sind verschieden, je nachdem sie infolge eines Umstands eingetreten ist, den die

---

10) Vgl. G.G. 6 S. 357.

11) v. Schulz nimmt im Archiv für Soz. Gesetzgebung u. Statistik B. 13 S. 389 im Anschluß an Mommsen u. die Entsch. des R.G. in C.S. B. 3 S. 179 an, daß vom Arbeitgeber nicht zu vertretende kasuelle Leistungsunmöglichkeit vorliege, wenn die Fabrik abbrenne oder durch Überschwemmung außer Betrieb gesetzt werde. Auch Staub Anm. 8 zu § 63 H.G.B. u. Dernburg B.R. II § 305 wenden hier § 323 B.G.B. an; vgl. auch Cosack § 144 zu Anm. 1 u. Entsch. des R.G. in der deutschen Juristenzeitung 6 S. 438. Bei unverschuldeter Leistungsunmöglichkeit ist aber § 242 B.G.B. vom Gegenkontrahenten zu beachten (so mit Recht O.L.G. Hamburg in Seufferts Archiv B. 56 Nr. 219).

12) Ebenso G.G. Dresden im Gew.-G. 7, 93 u. G.G. Weimar daselbst 7, 173; der Arbeitgeber, der den Arbeiter wegen Arbeitsmangel „aussetzen“ läßt, muß den Lohn weiter zahlen, wenn der Arbeiter nicht ausdrücklich oder stillschweigend hierauf verzichtet hat; unter „aussetzen“ versteht man in der Praxis häufig aussetzen ohne Lohnzahlung.

eine oder die andere oder keine von beiden Parteien zu vertreten hat. Die Frage, wem die Vertretung dieser Umstände im einzelnen Fall zufalle, ist schwierig zu beantworten. Nach § 276 B.G.B. hat der Schuldner, hier also der Arbeiter, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Ein anderes kann bestimmt sein durch Parteiabrede, z. B. Garantieübernahme; es kann sich aber auch aus der Gestaltung, welche der Gesetzgeber den einzelnen Vertragsarten gegeben hat, ergeben.[13]) Nach § 616 B.G.B. hat nicht der Arbeiter, sondern der Arbeitgeber die Umstände, infolge welcher Leistungsunmöglichkeit eingetreten ist, in gewissem Umfang zu vertreten; er muß die Vergütung selbst dann bezahlen, wenn der Arbeiter für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Bei einer derartigen vorübergehenden Leistungsunmöglichkeit trägt also der Arbeitgeber die Gefahr. Hieraus muß argumento e contrario geschlossen werden, daß der Arbeitgeber bei einem in der Person des Arbeiters liegenden Hinderungsgrund über die Grenze des § 616 B.G.B. hinaus nicht haftet.[14]) Welche Umstände hat nun aber der Arbeitgeber außer den ihm durch § 616 zugeschiedenen zu vertreten? Man möchte versucht sein, in analoger Anwendung des § 276 B.G.B. zu sagen, er habe, abgesehen von der aus § 616 sich ergebenden Ausnahme, nur die Leistungsunmöglichkeit bewirkenden Umstände zu vertreten, welche auf seinem Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) beruhen. Es ist nicht zu verkennen, daß diese Schlußfolgerung etwas Bestechendes an sich hat. Allein es ist doch fraglich, ob man damit der Tendenz des Gesetzgebers, der, wie sich aus § 616 ergibt, den Arbeiter als den wirtschaftlich schwächeren Teil begünstigen wollte, gerecht wird. Wenn der Arbeitgeber nach § 616 die Gefahr in gewissem Umfang bei einem in der Person des Arbeiters eintretenden und von ihm nicht verschuldeten Hinderungsgrund tragen muß, so entspricht es doch ganz gewiß nicht bloß der Billigkeit, sondern auch der Logik, wenn man dem Arbeitgeber die Gefahr auch bei einem in s e i n e r Person ohne das Verschulden einer Partei eintretenden Hinderungsgrund zuscheidet.[15]) Fraglich ist aber, ob der Arbeit-

[13]) Vgl. §§ 701, 702 B.G.B.; Mot. II S. 45; Prot. I S. 315.

[14]) Vgl. Sigel im Gew.-G., außerord. Beil. zum Gew.-G. 5 Nr. 1 Sp. 7 u. 8.

[15]) Dernburg B.R. II 2 § 305 will den § 616 B.G.B. analog anwenden, wenn die zeitweilige Behinderung des Arbeiters durch ein außerhalb seiner Person liegendes Ereignis eintritt. Diese Ansicht geht bezüglich der nicht in der Person des Arbeitgebers liegenden Umstände zu weit, bezüglich der in seiner Person liegenden Gründe nicht weit genug.

geber in diesem Fall unbeschränkt oder nur innerhalb der zeitlichen Schranken des § 616, also nur bei vorübergehender Leistungsunmöglichkeit, die sie bewirkenden Umstände zu vertreten habe. Man kann für die Entscheidung der Frage im einen oder andern Sinn Gründe beibringen. Wenn man sich streng an den Wortlaut des § 616 hält, wird man die dort vorgesehene zeitliche Beschränkung auch in dem jetzt in Frage stehenden Fall gelten lassen. Allein ein zwingender Grund für die Festhaltung dieser zeitlichen Beschränkung liegt nicht vor; denn der Gesetzgeber hat ja die Frage, welche Umstände der eine oder andere Teil zu vertreten habe, nicht direkt entschieden. Nun dürfte sich aber aus der Gestaltung, die der Gesetzgeber dem Arbeitsvertrag verliehen hat, ergeben, daß der Arbeitgeber die in seiner Person eintretenden Unmöglichkeitsgründe auch ohne ein Verschulden zu vertreten hat. Nach § 615 B.G.B. hat der Arbeitgeber, wenn er mit der Annahme der Dienste in Verzug gerät, die vereinbarte Vergütung zu bezahlen, ohne die Nachleistung der Dienste verlangen zu können. Der Arbeitgeber ist bezüglich der Leistungspflicht des Arbeiters sein Gläubiger. Die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs treten aber ein, mag den Gläubiger der Vorwurf eines Verschuldens treffen oder nicht [16]) (§ 293 B.G.B.). Der Umstand, daß der Arbeitgeber auch bei nichtverschuldetem Annahmeverzug die Vergütung zu bezahlen hat, beweist nun zwar nicht direkt, daß er auch die in seiner Person liegenden Gründe, infolge welcher die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung eingetreten ist, zu vertreten habe, denn der Annahmeverzug setzt ein mögliches Arbeitsangebot voraus. Allein ein annehmbarer Grund, der die verschiedene Behandlung der beiden Fälle, unverschuldeter Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Arbeitsleistung infolge eines in der Person des Arbeitgebers eingetretenen, von ihm nicht verschuldeten Grunds, rechtfertigen könnte, wird sich nicht finden lassen. Es ist daher die Annahme, daß sich die Gleichstellung der beiden Fälle aus dem Wesen des Arbeitsvertrags ergebe, begründet. [17])

---

[16]) Hierüber besteht fast allseitiges Einverständnis; vgl. Mot. II S. 68, Prot. I S. 330; Dernburg § 74 Anm. 8; Endemann § 139 Anm. 10; Cosack § 106 Z. 3a; Staudinger Anm. zu § 615 B.G.B.; Oertmann Anm. 3 zu § 615 B.G.B. meint, unverschuldete Unmöglichkeit der Annahme beseitige den Lohnanspruch; sollte Oertmann nicht die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung im Auge gehabt haben? Crome System II S. 149 Anm. 32.

[17]) Es ist hier auch noch darauf hinzuweisen, daß die §§ 324, 615 B.G.B. beinahe wörtlich übereinstimmen und dadurch beweisen, daß dem Gesetzgeber offenbar die Gleichstellung der beiden Fälle vorgeschwebt habe; wie im Text auch Crome System II S. 653, der den Fabrikbrand als einen in der Person des Arbeitgebers liegenden Grund der Nichtannahme der Dienste ansieht.

Es soll durchaus nicht verkannt werden, daß diese Beweisführung anfechtbar ist. Allein mit unanfechtbaren Beweismitteln läßt sich keine Entscheidung der Frage, deren Beantwortung der Gesetzgeber der Wissenschaft und Praxis überlassen hat, begründen. Mit dieser Entscheidung wird insbesondere auch der Praxis gedient sein, denn die Frage, ob Unmöglichkeit der Arbeitsleistung infolge eines in der Person des Arbeitgebers liegenden Umstands oder Möglichkeit der Leistung bei Annahmeverzug des Arbeitgebers vorliege, wird häufig sehr schwer zu beantworten sein. Da die Rechtsfolgen nach der hier vertretenen Ansicht in beiden Fällen die gleichen sind (§§ 324, 615 B.G.B.), so kommt dieser Frage praktisch keine besondere Bedeutung mehr zu. Es ist nun aber weiter noch zu untersuchen, ob der Arbeitgeber nicht auch die die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung bewirkenden Umstände, die weder in seiner Person, noch in der Person des Arbeiters eintreten und von keinem von beiden verschuldet sind, also den sog. reinen Zufall zu vertreten habe. Diese Frage ist zu verneinen.[18]) Wenn der Gesetzgeber dem Arbeitgeber eine so weitgehende Haftung hätte auferlegen wollen, so hätte er dies jedenfalls im § 616 B.G.B. gesagt. Gerade daraus, daß er dort nur von den in der Person des Arbeiters eintretenden Hinderungsgründen spricht, wird man schließen dürfen, daß er dem Arbeitgeber die Gefahr für den sog. reinen Zufall, die weder in seiner Person, noch in der Person des Arbeiters liegenden Unmöglichkeitsgründe nicht auferlegen wollte. Diese Gründe sind gegenüber den in der Person des Arbeiters liegenden Gründen vom Standpunkt der Billigkeit und sozialen Fürsorge das maius, während gegenüber den letzteren die in der Person des Arbeitgebers eintretenden Unmöglichkeitsgründe das minus bedeuten. Es entspricht sicher der sozialpolitischen Tendenz der §§ 615, 616 B.G.B., daß dem Arbeiter innerhalb der dort gegebenen Schranken sein Lohnanspruch erhalten bleibt, wenn sein Arbeitsangebot ohne sein Verschulden durch einen in seiner Person oder in der Person des Arbeitgebers liegenden Grund unmöglich wird. Es ist aber sozialpolitisch auch recht wohl zu verstehen, wenn der Gesetzgeber auch den Arbeitgeber von der Haftung entbindet, sobald die Unmöglichkeit infolge eines sog. reinen Zufalls, z. B. eines Naturereignisses oder eines in der Person des Arbeiters liegenden Grunds, eintritt.

Es hat also für die sog. nachfolgende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung folgendes zu gelten:

---

[18]) Ich beschränke hiernach meine im Gew.-G. 5 außerord. Beilage Nr. 1 Sp. 7 gegebenen Ausführungen.

1. Der Arbeiter hat die Umstände, infolge welcher sie eingetreten ist, zu vertreten,
   wenn er sie verschuldet hat [19])
2. der Arbeitgeber hat die Unmöglichkeitsumstände zu vertreten:
   a) wenn er sie verschuldet hat [20]) oder
   b) wenn sie in der Person des Arbeiters liegen, von diesem nicht verschuldet sind und die Arbeitsbehinderung sich nur auf die im § 616 B.G.B. vorgesehene Dauer (s. o.) erstreckt [21]) oder
   c) wenn sie in der Person des Arbeitgebers liegen und von keinem von beiden verschuldet sind; [22])
3. weder der Arbeitgeber noch der Arbeiter hat die Umstände, infolge deren die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung eingetreten ist, zu vertreten,
   a) wenn sie auf reinem Zufall beruhen, also in ihrer Person nicht liegen, [23])
   b) wenn sie ohne ein Verschulden des Arbeiters in seiner Person liegen und die Arbeitsbehinderung die im § 616 B.G.B. vorgesehene Dauer („verhältnismäßig nicht erhebliche Dauer“) überschreitet.[24])

An der Hand dieser Unterscheidungen sind die gesetzlichen Folgen der nachfolgenden Unmöglichkeit der Arbeitsleistung den §§ 323—325, 616 B.G.B. zu entnehmen.

---

19) Beispiel: Der Arbeiter zündet die Fabrik des Arbeitgebers an, versäumt den Zug, der ihn an die Arbeitsstelle bringen soll.

20) Beispiel: Der Arbeitgeber fügt dem Arbeiter eine Körperverletzung zu, die diesen arbeitsunfähig macht (vgl. auch § 120a ff. G.O., § 618 B.G.B.).

21) Beispiel: Der Arbeiter ist kurze Zeit krank, muß an der Kontrollversammlung teilnehmen, einer Vorladung vor eine Behörde Folge leisten.

22) Beispiel: Der Arbeitgeber, ohne dessen persönliche Mitwirkung an der Arbeit der Arbeiter nichts tun kann, wird krank, kann infolge einer polizeilichen Absperrung nicht zur Arbeitsstelle kommen, bekommt kein Material, weil sein Lieferant ihn im Stich läßt. Kann der Lieferant infolge eines Streiks oder einer Sperre kein Material liefern, so hat der Arbeitgeber jedenfalls im Verhältnis zu seinem Arbeiter diesen Umstand zu vertreten (a. M. G.G. Berlin im Gew.-G. 5 S. 237).

23) Beispiel: Naturereignisse wie Regen (ebenso G.G. Stettin im Gew.-G. 5 S. 285), Kälte, Überschwemmung u. s. w.

24) Der Arbeiter bekommt eine anhaltende Krankheit, die ihn arbeitsunfähig macht.

§ 13.

Fortsetzung.

Zu den in § 12 gegebenen Ausführungen über die Vertretungspflicht bei nachfolgender Unmöglichkeit der Arbeitsleistung ist noch folgendes zu bemerken:

I. Die Entscheidung der Frage, ob und wann die Umstände, infolge welcher die Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, von der einen oder andern Partei verschuldet worden seien, ist nicht schwierig, denn der Begriff des Verschuldens ist juristisch fest bestimmt (§ 276 B.G.B.; vgl. auch § 6a Z. 2 des Krankenversicherungsgesetzes). Schwierigkeiten verursacht dagegen die Beantwortung der Frage, wann die von keinem der beiden Teile verschuldeten Umstände, welche die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung bewirken, in der Person des Arbeiters oder des Arbeitgebers liegen. Das Gesetz gibt im § 616, wo es von den in der Person des Arbeiters liegenden Gründen spricht, keine Entscheidung der Frage, sondern überläßt dieselbe der Auslegung.

Man darf nun nicht sagen, daß ein in der Person des Arbeiters liegender Unmöglichkeitsgrund nur dann anzunehmen sei, wenn dem Arbeiter die Arbeitsleistung durch ein physisches Gebrechen (Krankheit)[1] unmöglich wird. Der 2. Satz des § 616 B.G.B. scheint allerdings eine solche einengende Auslegung zu rechtfertigen; allein aus seiner Entstehungsgeschichte geht doch hervor, daß diese Auslegung dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechen würde.[2] Es gehören vielmehr hieher auch alle die Fälle, in denen der Arbeiter trotz vorhandener Arbeitsfähigkeit nicht arbeiten kann, weil seine Person ohne sein Verschulden anderweitig festgehalten wird. Beispiele: Teilnahme an militärischen Übungen,[3] an der Kontrollversammlung[4] oder an dem von einer Behörde festgesetzten Termin, Ausübung des Wahlrechts, wie überhaupt

---

[1]) Bei Betrunkenheit trifft den Arbeiter stets der Vorwurf eines Verschuldens, zum mindesten der Fahrlässigkeit; § 827 B.G.B. kann hier nicht analog angewendet werden, da der Arbeiter, der sich durch übermäßigen Alkoholgenuß während der Arbeitszeit arbeitsunfähig macht, gerade dadurch eine Verletzung seiner Vertragspflichten sich zu Schulden kommen läßt.

[2]) Der 2. Satz des § 616 ist von der 2. Kommission in das Gesetz aufgenommen worden; in dieser Kommission wurden aber Krankheit und Unfall nur als einzelne Fälle des 1. Satzes des § 616 angesehen (vgl. Prot. II S. 282). Dies übersieht Schäfer im Gew.-G. 6 S. 126.

[3]) Vgl. hiezu unten Anm. 18.

[4]) Ebenso z. B. v. Frankenberg im Gew.-G. 4 S. 101; Burchardt S. 44.

aller staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten,[5]) Handeln unter moralischem Zwang[6]) (Tod oder schwere Erkrankung eines der nächsten Familienangehörigen) u. s. w., Aufsuchen einer andern Stelle gemäß § 629 B.G.B.,[7]) Absperrung durch die Polizei.[8])

Die Frage, wann ein in der Person des Arbeitgebers liegender Unmöglichkeitsgrund vorliege, ist nach ähnlichen Gesichtspunkten zu entscheiden. Es ist einmal dann der Fall, wenn der Arbeiter kein vertragsmäßiges Arbeitsangebot machen kann, weil der Arbeitgeber durch ein körperliches Gebrechen (Krankheit) verhindert wird, diejenige persönliche Tätigkeit zu entfalten, welche für die Stellung eines vertragsmäßigen Arbeitsangebots seitens des Arbeiters Vorbedingung ist. Es kommt insbesondere im Handwerksbetrieb nicht selten vor, daß der Geselle einen Tag lang schlechterdings nicht arbeiten kann, weil der Meister plötzlich erkrankt ist. Weiter gehören hieher aber auch die Fälle, in denen der Arbeitgeber anderweitig verhindert worden ist, die genannte persönliche Tätigkeit zu entfalten; die anderweitige Verhinderung muß aber stets ein sich nur gegen die Person des Arbeitgebers richtender Zwang sein (Beispiele s. in § 12 Anm. 22).[9])

Liegt der unverschuldete Unmöglichkeitsgrund dem Ausgeführten zufolge weder in der Person des Arbeitgebers, noch in der des Arbeiters, so ist er von keinem von beiden zu vertreten (Beispiele: Naturereignis,[10]) behördliche Anordnung).[11])

II. In § 12 ist darauf hingewiesen worden, daß für die Entscheidung der Frage, wer die Umstände zu vertreten habe, infolge welcher die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung eingetreten ist, die vom § 616 B.G.B. vorgesehene zeitliche Begrenzung von maßgebender Bedeutung ist. Der Arbeiter hat diesen Umstand nicht zu vertreten, wenn er für

---

5) Ebenso z. B. v. Frankenberg a. a. O.

6) Ebenso z. B. v. Frankenberg a. a. O.; Staudinger Anm. III zu § 616 B.G.B.

7) Ebenso G.G. Erfurt im Gew.-G. 6 S. 196 u. G.G. Solingen daselbst 7 S. 142.

8) Vgl. Fischer-Henle Prot. II S. 283.

9) Das G.G. Berlin (Soz. Pr. 11 S. 1371) nimmt an, daß der Einsturz des Baus, an dem der Arbeiter beschäftigt ist, ein in der Person des Arbeitgebers liegender Unmöglichkeitsgrund sei, so daß er in Annahmeverzug gerate.

10) Vgl. oben § 12 Anm. 23; die Feuersbrunst gehört auch hieher.

11) Eine Behörde stellt den Betrieb des Arbeitgebers ein (vgl. Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 184); hätte der Arbeitgeber die Betriebseinstellung durch die Vorkehrung bestimmter Maßregeln abwenden können, so trifft ihn im Verhältnis zum Arbeiter der Vorwurf eines Verschuldens. Hierher gehört auch der Fall, wenn die Theater wegen Landestrauer geschlossen werden (ebenso Gew.-G. 6 357).

eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Was ist eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit im Sinn dieses § 616? Diese Frage kann mit mathematischer Sicherheit niemals beantwortet werden,[12]) denn der Gesetzgeber hat überall keinen Vergleichsfaktor zur Berechnung des Verhältnisses gegeben, sondern der Praxis die Bestimmung des Verhältnisses im einzelnen Fall überlassen. Infolge dieser Regelung hat in der Praxis eine gewisse Unsicherheit Platz gegriffen. Bald werden nur 2—3 Tage, bald 14 Tage als verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit angesehen. Diese Unsicherheit hat viele Arbeitgeber veranlaßt, den vom Gesetzgeber sozialpolitisch gewiß gut gemeinten § 616 durch Vereinbarung mit ihren Arbeitern ganz außer Kraft zu setzen.

Nach den allgemeinen Grundsätzen der Gesetzesauslegung ist es gerechtfertigt, in der Entstehungsgeschichte des § 616 Anhaltspunkte für die Feststellung des gesuchten Verhältnisses zu suchen. Der § 616 (früher § 562) lautete im 1. Entwurf ganz anders als jetzt.[13]) Er bezog sich nur auf „dauernde“ Dienstverhältnisse und enthielt das ominöse Wort: „verhältnismäßig“ überhaupt nicht. Die Kommission des Reichstags[14]) war darüber einverstanden, „daß die Beschränkung der Vorschrift auf dauernde Dienstverhältnisse fallen zu lassen und daß statt dessen nur eine Verhinderung von „verhältnismäßig, d. h. im Verhältnis zu der vertragsmäßigen Dauer des Dienstverhältnisses nicht erheblicher Dauer zu berücksichtigen sei“.[15]) Es kann nicht bestritten werden, daß damit die Grundlage des ursprünglichen § 562 vollständig verschoben worden ist. Es wäre daher ganz verfehlt, wenn man aus dem Inhalt der Motive, insbesondere dem Umstand, daß sie die militärischen Übungen ohne jede Beschränkung als Beispiel nennen, für die hier interessierende Frage Schlüsse ziehen wollte.[16]) Aus der Entstehungsgeschichte des § 616

---

12) Hierüber ist die Praxis einig; vgl. die Verhandlungen auf den Verbandstagen der d. Gewerbegerichte von 1900 u. 1901 im Gew.-G. 6 S. 44 ff. u. 7 S. 75 ff.

13) § 562 lautete: „Bei einem dauernden, die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältnisse wird derselbe des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung dadurch nicht verlustig, daß er durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden während einer nicht erheblichen Zeit an der Dienstleistung verhindert wird.“

14) Prot. II S. 280.

15) Seine endgültige Fassung erhielt der § 616 erst im Reichstag.

16) Diesen Fehler begeht das G.G. Offenbach im Gew.-G. 6 S. 215; bemerkenswert ist, daß ein französisches Gesetz vom Juli 1901 über den Arbeitsvertrag der Reservisten und Landwehrmänner den zur Fahne Einberufenen den Lohnanspruch ausdrücklich erhält.

können somit hier nur die Kommissionsverhandlungen herangezogen werden. Hiernach ist das gesuchte Verhältnis in der vertragsmäßigen Dauer des Dienstverhältnisses zu erblicken.[17]) Bei befristeten Dienstverhältnissen wird das Verhältnis unschwer zu finden sein. Wie steht es aber bei den auf unbestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnissen, die ja in der Praxis fast die Regel bilden? Sie sind nach § 122 G.O. jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 14 Tagen kündbar. Die Praxis nimmt auch anderweitig, z. B. bei der Lohnentschädigungsforderung wegen ungerechtfertigter Entlassung, an, daß der Arbeitsvertrag, falls § 122 G.O. Platz greift, jeweils als auf 14 Tage geschlossen anzusehen sei. Geht man bei Entscheidung der vorliegenden Frage von der gleichen Erwägung aus, so wird man bei einer Kündigungsfrist von 14 Tagen die Dauer von 2 bis 3 Tagen als nicht erheblich im Verhältnis zu diesen 14 Tagen ansehen.[18]) Ist die Kündigungsfrist eine längere, wie z. B. bei Betriebsbeamten im Sinn der §§ 133a ff. G.O., so ist dementsprechend zu entscheiden. Da nun aber die Materialien eines Gesetzes durchaus nicht zu einer bestimmten Auslegung eines Gesetzes zwingen, so ist es keineswegs ausgeschlossen, daß zur Gewinnung des Verhältnisses auch noch andere Vergleichsfaktoren herangezogen werden.[19]) So kann der tatsächlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses recht wohl Bedeutung zugemessen werden;[20]) ein Arbeiter, der schon

---

[17]) Ebenso Dernburg II 2 § 305; G.G. Delmenhorst im Gew.-G. 8, 39.

[18]) Ebenso v. Frankenberg im Gew.-G. 4 S. 101 ff. In den Prot. II S. 283 ist ausdrücklich gesagt, daß dem erkrankten Arbeiter während der drei Karenztage sein Lohnanspruch erhalten bleiben solle. Aus den im Text gegebenen Gründen sehen bei 14tägiger Kündigungsfrist als verhältnismäßig erhebliche Dauer an: 9 Tage G.G. Bremen im Gew.-G. 6 S. 66; 12 Tage G.G. Königsberg im Gew.-G. 7, S. 30; 14 Tage G.G. Köln im Gew.-G. 6 S. 218; a. M. das G.G. Offenbach im Gew.-G. 6 S. 215, Wiesbaden im Gew.-G. 7 S. 24; Hamburg im Gew.-G. 7, 31, die eine Frist von 12 bezw. 14 Tagen (militärische Übung) nicht als verhältnismäßig erheblich ansehen. Das G.G. Offenbach stellt den Satz auf, daß bei auf unbestimmte Zeit eingegangenen, dauernden Dienstverhältnissen jeweils die Dauer der maßgebenden Kündigungsfrist als verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit im Sinn des § 616 anzusehen sei.

[19]) Ebenso Burchardt S. 44; Prenner S. 48; § 616 ist auch anwendbar, wenn jede Kündigungsfrist durch Vereinbarung ausgeschlossen ist (ebenso G.G. Hamburg im Gew.-G. 5 S. 218.

[20]) Unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts will z. B. der Magistrat in Königsberg (Soz. Pr. 11 S. 834) als eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit von der bis zu dem Eintritt der Verhinderung ununterbrochen geleisteten Dienstzeit je einen Tag der ersten sechs Monate und zwei Tage jedes folgenden Monats, höchstens jedoch einen Monat ansehen; vgl. auch Staudinger Anm. zu § 616 B.G.G. u. A.G. Bochum in der Soz. Pr. 12 S. 13.

20 Jahre lang bei einem Arbeitgeber in Stellung ist, verdient hier gewiß eine andere Behandlung, als ein Arbeiter mit einer Arbeitszeit von 20 Tagen. Auch aus den Lohnzahlungsperioden, der Art und dem Umfang des Geschäftsbetriebs des Arbeitgebers, dem Umstand, daß eine Vertretung des Arbeiters während seines Fehlens nicht eintreten muß,[21]) können sich Anhaltspunkte ergeben. Bei „dauernden" Dienstverhältnissen kann auch der § 617 B.G.B. herangezogen werden, der wenigstens bei einer Erkrankung des Dienstverpflichteten die Dauer von sechs Wochen offensichtlich als eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit ansieht, insofern er davon ausgeht, daß die Vergütung hier während dieser Zeit weiter zu entrichten ist.[22]) Ferner ist auf § 133c Abs. 2 G.O. hinzuweisen, wonach die Angestellten im Sinn des § 133a G.O. bei einer auf Grund des § 133c Abs. 1 Z. 4 G.O. verfügten Entlassung die Fortzahlung ihres Gehalts noch auf die Dauer von sechs Wochen vom Tag der Entlassung an[23]) zu beanspruchen haben, wenn ihre Dienstverrichtung durch „unverschuldetes Unglück" verhindert worden ist. Wenn der Gesetzgeber in diesem Falle den Beamten im Sinn des § 133a G.O. trotz der gesetzlich zulässigen Lösung des Vertragsverhältnisses den Bezug ihres Gehalts auf weitere sechs Wochen sichert, so wird man umsomehr annehmen müssen, daß diesen Beamten bei Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses nach dem Willen des Gesetzgebers der gleiche Anspruch zustehen soll, daß also bei einer Arbeitsbehinderung dieser Beamten durch unverschuldetes Unglück die Zeit von sechs Wochen jedenfalls als eine verhältnismäßig nicht erhebliche anzusehen ist.[24]) Da es sich im § 617 B.G.B. und § 133c Abs. 2 G.O. um ganz genau bestimmte Fälle handelt, darf auch bei den Schlüssen, welche aus ihnen für die hier interessierende Frage gezogen werden, nicht über die von

---

21) Hierauf weist u. a. Stadthagen S. 131 hin.

22) Vgl. Staudinger Anm. IV, 4 zu § 617 B.G.B.; Hachenburg S. 221; Planck Anm. 5d zu § 617 B.G.B.; Crome System II S. 651.

23) Ebenso G.G. u. L.G. Berlin bei Unger Nr. 141; Landmann Anm. 8 zu § 133c G.O.; Nelken S. 758; v. Schulz im Archiv für soz. Gesetzgebung u. Stat. B. 13 S. 405; a. M. Schenkel Anm. 9 zu § 133c G.O.; Buchardt S. 73: Die 6 Wochen seien vom Tag der Erkrankung etc. an zu rechnen.

24) Ebenso G.G. Stuttgart im Gew.-G. 7 S. 32; vgl. auch § 63 H.G.B. u. hiezu Staub; ferner Weißler u. Friedeberg in der d. Juristenzeitg. 6 S. 478. Neukamp G.O. S. 231 verweist auf § 616—619 B.G.B., wenn der Beamte nicht entlassen wird, ohne den im Text genannten Schluß zu ziehen; vgl. auch Schäfer im Gewerbeblatt von Württemberg 1901 Nr. 11.

ihnen gegebenen Grenzen gegangen werden.[25]) Der § 617 B.G.B. kann also nur bei „dauernden“ Dienstverhältnissen und zwar nur im Fall einer Erkrankung des Dienstverpflichteten, der § 133c Abs. 2 G.O. nur bei den Dienstverhältnissen der Betriebsbeamten im Sinn des § 133a G.O., nicht der einfachen gewerblichen Arbeiter und bei jenen auch nur im Fall eines unverschuldeten Unglücks, herangezogen werden.

Der § 616 B.G.B. enthält, wie in der Praxis fast allgemein anerkannt wird,[26]) nachgiebiges Recht.[27]) Dies ergibt sich einmal aus § 619 B.G.B. Wenn der Gesetzgeber den § 616 ebenso wie die §§ 617 und 618 als zwingendes Recht hätte behandelt wissen wollen, so hätte er dies ganz gewiß im § 619 zum Ausdruck gebracht.[28]) Außerdem ist auf die Verhandlungen der Reichstagskommission über den § 63 H.G.B., der sich ja in ähnlicher Richtung wie der § 616 bewegt, zu verweisen; es wurde dort ausdrücklich abgelehnt, den § 63 H.G.B. für zwingendes Recht zu erklären.[29])

Ist der § 616 durch Parteiabrede außer Wirksamkeit gesetzt, so sind selbstverständlich die Grundsätze über die Pflicht zur Vertretung der Umstände, welche die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung bewirken, dementsprechend zu modifizieren. Der Arbeitgeber trägt die Gefahr in diesem Fall auch nicht, wenn diese Umstände in der Person des Arbeiters eintreten. Dagegen wird man der grundsätzlichen Bedeutung der Frage wegen nicht so weit gehen und sagen dürfen, daß der Arbeitgeber infolge des vertragsmäßigen Ausschlusses des § 616 auch die in seiner

---

[25]) Dies hat das G.G. Offenbach im Gew.-G. 6 S. 215 übersehen. Im übrigen ist zu bemerken, daß der § 617 B.G.B. wegen seines zweiten Absatzes für den gewerblichen Arbeitsvertrag praktisch fast bedeutungslos ist. Die Frage, ob der § 617 auf nichtversicherungspflichtige Lehrlinge anwendbar sei, ist bestritten; dafür v. Schulz im Archiv für soz. Gesetzg. u. Stat. B. 13 S. 401. Dagegen Schalhorn im Gew.-G. 4 S. 79.

[26]) Vgl. die Verhandlungen auf den Verbandstagen der d. Gewerbegerichte im Gew.-G. 6 S. 44 u. 7 S. 79.

[27]) Ebenso v. Frankenberg im Gew.-G. 4 S. 101; v. Schulz im Archiv für soz. Gesetzg. u. Stat. B. 13 S. 393; Fuld in der Zeitschr. für Sozialwissenschaft B. 4 S. 351; Burchardt S. 45; Prenner S. 47; Nelken S. 799; Örtmann Anm. 5 zu § 616 B.G.B.; Staudinger Anm. V zu § 616 B.G.B.; Köhne, die Arbeitsordnungen S. 196; Crome System II S. 655; a. M. Hachenburg in den bad. Annalen B. 64 S. 220 u. 225; Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 29 und die dort zitierten; Lotmar S. 220; Köhne a. a. O. läßt den Ausschluß durch Spezialvertrag, nicht aber in der Arbeitsordnung zu.

[28]) Ebenso Gew.-G. 5 S. 226.

[29]) Trotzdem hat übrigens das Landgericht Berlin (Soz. Pr. 12 S. 177) dem § 63 H.G.B. zwingenden Charakter zugesprochen; s. dagegen Staub in der d. Juristenzeitung Jahrg. 7 S. 452.

Person liegenden Gründe der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung nicht mehr zu vertreten habe.

III. Der gewerbliche Arbeitsvertrag hat normalerweise eine innerhalb einer gewissen Zeitdauer zusammenhängende, ununterbrochene Tätigkeit des Arbeiters zum Gegenstand. Die Leistungsunmöglichkeit kann sowohl eine vorübergehende, als eine vollständige sein. Im ersteren Fall liegt eine quantitativ beschränkte, eine teilweise Unmöglichkeit vor; unter Berücksichtigung dieses Umstands sind die §§ 323—325 B.G.B. anzuwenden. Im Rahmen dieser Schrift kann eine eingehende Behandlung dieser §§ 323—325 nicht gegeben werden; vielmehr ist hier nur ihr Verhältnis zu den Bestimmungen der G.O. zu untersuchen.

1. Wenn die Voraussetzungen des § 325 B.G.B. für die Vertretungspflicht des Arbeiters vorliegen (vgl. oben § 12 Z. 1), so erhebt sich die Frage, wie sich der § 123 G.O. zu den im § 323 B.G.B. festgesetzten Rechten des Arbeitgebers verhalte. Es ist in Theorie und Praxis anerkannt, daß die Entlassungsgründe im § 123 G.O. erschöpfend aufgezählt sind.[80]) Es ist nun praktisch sehr wohl denkbar, daß ein Tatbestand zwar keinen Entlassungsgrund im Sinn des § 123 G.O., aber einen vom Arbeiter zu vertretenden Umstand im Sinn des § 325 B.G.B. darstellt.[81]) Wie verhält sich nun hier das im § 325 B.G.B. festgesetzte Rücktrittsrecht zu der Entlassungsbefugnis aus § 123 G.O.? Man wird bei der Beantwortung dieser Frage davon auszugehen haben, daß Rücktritt vom Vertrag im Sinn des § 325 B.G.B. nicht identisch ist mit unbefristeter Kündigung (Entlassung oder Austritt ohne Einhaltung der maßgebenden Kündigungsfrist).[32]) Die sofortige Kündigung wirkt nur für die Zukunft[33]) und läßt den Vertrag bezüglich der Vergangenheit bestehen; dagegen bezieht sich der Rücktritt auf Vergangenheit und Zukunft.[34]) Wenn sich nun auch bei Rücktritt und sofortiger Kündigung bezüglich der Zukunft praktisch dasselbe ergibt, so dürfen dieselben doch des erwähnten Unterschieds halber theoretisch nicht als das gleiche bedeutende

---

80) A. M. nur Dernburg II 2 § 309 S. 404, der die Analogie zulassen will.

81) Man denke nur an den Fall einer vom Arbeiter begangenen fahrlässigen Sachbeschädigung, infolge welcher der Arbeitgeber ihn nicht mehr weiter beschäftigen kann.

32) A. M. Neukamp S. 229, der sich hier auf § 349 B.G.B. bezieht; vgl. auch Kiehl über Kündigung und Rücktritt beim Mietvertrag in Gruchots Beiträgen B. 45 S. 753.

33) Ebenso Mot. II S. 468; Schöller in Gruchots Beiträgen B. 46 S. 34; Lotmar S. 364.

34) Ebenso Dernburg II 1 § 107 Z. VI.

Rechtsbegriffe behandelt werden.[35]) Man wird deshalb annehmen müssen, daß das im § 325 B.G.B. festgesetzte Rücktrittsrecht neben dem § 123 G.O. auch für den gewerblichen Arbeitsvertrag gilt.[36]) Treffen sowohl die Voraussetzungen des § 325 B.G.B. als die des § 123 G.O. und daneben die des § 628 Abs. 2 B.G.B. zu, so ist anzunehmen, daß dem Arbeitgeber die Entlassungsbefugnis und ein Schadensersatzanspruch zusteht, trotzdem § 325 einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung und das Rücktrittsrecht vom Vertrag nur alternativ gilt.[37])

2. Wird die Arbeitsleistung infolge eines Umstands unmöglich, den der Arbeitgeber verschuldet hat, oder der ohne ein Verschulden beider Teile in seiner Person liegt (s. o. § 12 Z. 2a u. c), so behält der Arbeiter nach § 324 Abs. 1 B.G.B. seinen Anspruch auf die Vergütung. Er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. In gleicher Weise sind die Folgen eines dem Arbeitgeber zur Last fallenden Annahmeverzugs in § 615 B.G.B. geregelt. Die Anrechnung von Ersparnissen wird in der Praxis nicht besonders häufig vorkommen; immerhin können hieher gehörende Fälle vorkommen.[38]) Durch die Vorschrift, daß der Arbeiter auch dasjenige sich anrechnen lassen muß, was er zu erwerben böswillig unterläßt, ist dem Arbeiter die Verpflichtung auferlegt, eine anderweitig sich ihm bietende Erwerbsgelegenheit zu ergreifen.[39]) Dagegen ist er zu besonderen Bemühungen um Erlangung einer ander-

---

35) Ebenso O.L.G. Stuttgart in den Jahrb. der württemb. Rechtspflege B. 13 S. 161; vgl. auch Staub Einl. zu § 70 H.G.B. u. Lotmar S. 364 Anm. 1 u. 532 Anm. 4.

36) Die §§ 123, 124 G.O. setzen einen gültigen Arbeitsvertrag voraus; ist der Vertrag z. B. wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten nichtig oder wegen Irrtums, arglistiger Täuschung in seinem ganzen Umfang anfechtbar, so tritt der tatsächliche Erfolg der §§ 123, 124 G.O., nämlich die Aufhebung des Vertragsverhältnisses, auch stets ein, mögen die Voraussetzungen der §§ 123, 124 vorliegen oder nicht.

37) Der Arbeitgeber kann selbstverständlich auch von seiner Entlassungsbefugnis keinen Gebrauch machen und bloß Schadensersatz nach § 325 verlangen; a. M. G.G. Rixdorf im Gew.-G. 5 S. 194.

38) Beispiel: Der Arbeiter wohnt nicht an der Arbeitsstelle und muß daher jeden Tag dorthin mit der Eisenbahn fahren; er erspart jetzt die Fahrkosten. Vgl. auch Lotmar S. 141.

39) In Arbeiterkreisen besteht häufig die irrtümliche Meinung, der entlassene Arbeiter dürfe während des Laufs der Kündigungsfrist gar keine andere Arbeit annehmen.

weitigen Stelle nicht verbunden.[40]) Den Beweis der Böswilligkeit hat der Arbeitgeber zu führen, da er die Anrechnungsbefugnis im Weg der Einrede geltend zu machen hat.[41])

3. Liegen die Voraussetzungen des § 616 B.G.B. vor, sodaß der Arbeitgeber die Umstände zu vertreten hat, infolge welcher die zeitweilige Unmöglichkeit der Arbeitsleistung eingetreten ist (vgl. oben § 12 Z. 2b), so hat er dem Arbeiter den Lohn für die „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" weiter zu bezahlen.[42]) Der Arbeiter muß sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt. Die Zahlungspflicht des Arbeitgebers besteht, mag der Arbeiter Zeitlohn oder Stücklohn bezogen haben;[43]) im letzteren Fall ist dem Arbeiter ein seinem Durchschnittsverdienst entsprechender Betrag zu bezahlen.[44]) Der Arbeiter muß sich auch die Bezüge aus eingeschriebenen Hilfskassen, falls § 75 des Krankenversicherungsgesetzes zutrifft, anrechnen lassen;[45]) bei Doppelversicherungen kommen nur die Beträge in Betracht, die sich aus der gesetzlichen Versicherung ergeben.[46]) Andere Einkünfte, z. B. Zeugengebühren, Löh-

---

[40]) Ebenso Mot. II S. 209; Crome System II S. 181 Anm. 37; Dernburg II 1 § 96 meint, auch Faulheit und grobe Nachlässigkeit in Aufsuchung von Arbeitsgelegenheit sei hier böswillig, weil gegen Treu und Glauben.

[41]) Ebenso Planck Anm. 2 zu § 324 B.G.B.; Crome partiar. Rechtsgeschäfte S. 198; Stadthagen S. 110.

[42]) Auch diese Lohnforderung ist der Pfändung und Aufrechnung (§ 394 B.G.B.) entzogen; ebenso v. Frankenberg im Gew.-G. 4 S. 101, 5 S. 204; Sigel daselbst 6, 30; Lotmar S. 149 u. 405; G.G. Wiesbaden im Gew.-G. 7 S. 29.

[43]) Der § 616 hat sich ursprünglich (vgl. Prot. II S. 280) nur auf Zeitlohnverhältnisse bezogen; dies ist aber im Reichstag geändert worden (vgl. Bericht der Reichstagskommission 95/96 Drucks. Nr. 82 zu § 609).

[44]) Ebenso Planck Anm. 2 zu § 616; Hachenburg in den bad. Annalen 64 S. 221; Staudinger Anm. 2 zu § 616; v. Schulz im Archiv für soz. Gesetzg. u. Stat. B. 13 S. 392; Stadthagen S. 131; G.G. u. L.G. Stettin im Gew.-G. 8 S. 8; a. M. Dernburg II 2 § 305 S. 391; A.G. Stettin im Gew.-G. 8 S. 7.

[45]) Ebenso Burchardt S. 45. Eine Beschränkung des § 616 ergibt sich übrigens aus § 135 des Gewerbeunfallversicherungsgesetzes vom 30. Juni 1900, da der Arbeitgeber in den hier in Betracht kommenden Fällen nicht den vollen Lohn, sondern nur den Betrag der Versicherungsleistung bezahlen muß; ebenso Weber in der d. Juristenzeitung 7 S. 199.

[46]) Vgl. hiezu v. Frankenberg im Gew.-G. 4 S. 101 ff.; Planck Anm. 3 zu § 616; Staudinger Anm. 4 zu § 616; auch Unger Entsch. Nr. 149, wo teilweise andere Ansichten vertreten werden.

[47]) A. M. Gew.-G. 7 S. 96, wo bei militärischen Übungen der Sold und der Wert der freien Station, wie auch die nach dem Gesetz vom 10. Mai 1892 den Fa-

nung[47]) u. s. w. muß sich der Arbeiter nicht anrechnen lassen,[48]) denn weder der Wortlaut des Gesetzes, noch seine Entstehungsgeschichte rechtfertigen eine Ausdehnung der vom Gesetz gegebenen Vorschrift über die zur Anrechnung zugelassenen Einkünfte. Der Arbeiter hat daher sowohl seinen Lohn nach § 616, als Zeugengebühren nach Maßgabe der Gebührenordnung für Zeugen vom 20. Mai 1898 (vgl. § 2 Abs. 3) zu beanspruchen.[49])

4. Wird die Arbeitsleistung infolge eines Umstands unmöglich, den weder der Arbeitgeber noch der Arbeiter zu vertreten hat (vgl. oben § 12 Z. 3a u. b), so verliert der Arbeiter nach § 323 B.G.B. den Anspruch auf die Vergütung. Bei teilweiser, also auch vorübergehender Unmöglichkeit mindert sich der Vergütungsanspruch nach Maßgabe der §§ 472, 473. Die letztere Vorschrift wird anwendbar, wenn das Arbeitsverhältnis von den Parteien nicht gelöst wird, also nach Beseitigung der Leistungsunmöglichkeit (Wiedergenesung des erkrankten Arbeiters, Behebung der Betriebsstörung) wieder fortgesetzt werden kann. Bei vollständiger Leistungsunmöglichkeit zerfällt dagegen der Arbeitsvertrag in toto, ohne daß es noch einer ausdrücklichen Lösung des Arbeitsverhältnisses seitens einer Partei bedarf.[50])

§ 14.

Verzug.

Der gewerbliche Arbeitsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag. Als wichtigste Verpflichtung ergibt sich aus ihm für den Arbeiter die Leistung der Arbeit, für den Arbeitgeber die Entrichtung der Vergütung. Diese

milienangehörigen zu zahlenden Unterstützungen als anrechnungsfähig angesehen werden. Dies ist nicht richtig; der § 324 B.G.B. kann hier nicht herangezogen werden, da die Spezialvorschrift des § 616 maßgebend ist.

48) Ebenso Planck Anm. 4 zu § 616; Oertmann Anm. 4 zu § 616; v. Frankenberg im Gew.-G. 4 S. 101 ff.; Mette im Gew.-G. 7 S. 80; a. M. Dernburg II 2 § 305 S. 392 u. G.G. Offenbach im Gew.-G. 6 S. 127, die auf den Weg der Analogie verweisen.

49) Ebenso R.G. in Seufferts Archiv 57 Nr. 94; G.G. Hanau im Gew.-G. 7, 239; Staudinger Anm. 4 zu § 616; a. M. Schäfer im Gew.-G. 6 S. 126 (mit nicht zutreffender Begründung); L.G. Düsseldorf im Gew.-G. 5 S. 202: § 616 sei hier überhaupt unanwendbar, da die Vorschriften der Gebührenordnung allein maßgebend seien. Dagegen will Fröhlich im Gew.-G. 6 S. 45 dem Arbeiter wegen des § 616 keine Zeugengebühren bewilligen.

50) Ebenso Mot. II S. 207; Crome System II S. 178.

beiden Leistungen sind nun aber nicht Zug um Zug zu erfüllen; eine solche Erfüllung wäre auch in den meisten Fällen praktisch gar nicht möglich, denn sobald sich die Arbeit über gewisse Zeiträume erstreckt, ist ein zugweiser Austausch der Leistungen nicht durchführbar. Nach § 614 Satz 1 B.G.B. ist die Vergütung erst nach der Leistung der Dienste zu entrichten; für den Arbeiter besteht also die Pflicht der Vorleistung. Der § 614 hat aber, wie allseitig anerkannt wird, nur die Bedeutung einer subsidiär eingreifenden Vorschrift; die Vorleistungspflicht des Arbeitgebers kann jederzeit durch Gesetz, Gewohnheit oder Vereinbarung der Parteien festgesetzt werden.[1]) Da die Leistungen bei dem gewerblichen Arbeitsvertrag nicht Zug um Zug zu erfolgen haben, sind die §§ 320 Abs. 1, 322 Abs. 1 B.G.B. hier nicht anwendbar.[2])

Die Unterscheidung zwischen Leistungsverzug des Schuldners und Annahmeverzug des Gläubigers, welche das B.G.B. macht, ist auch bei dem gewerblichen Arbeitsvertrag von grundsätzlicher Bedeutung. Da es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt, können beide Arten des Verzugs bei jedem Kontrahenden eintreten. Leistungsverzug liegt vor, wenn die Voraussetzungen der §§ 284, 285 B.G.B. zutreffen, Annahmeverzug, wenn diejenigen des § 293 ff. B.G.B. vorliegen. Die Feststellung des Leistungsverzugs und seiner gesetzlichen Folgen bereitet nun, sofern er dem Arbeitgeber zur Last fällt, keine erheblichen Schwierigkeiten. Das gleiche gilt bei dem dem Arbeiter zur Last fallenden Annahmeverzug. Viel schwieriger und komplizierter liegt die Sache bei dem Leistungsverzug des Arbeiters und dem Annahmeverzug des Arbeitgebers.

1. Ist für die dem Arbeitgeber obliegende Leistung, kurz gesagt für die Lohnzahlung,[3]) eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Arbeitgeber nach § 284, 285 B.G.B. auch ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit[4]) den Lohn zahlt und die Lohnzahlung nicht infolge eines Umstands unterblieben ist, den er nicht zu

---

[1]) Eine in der Praxis nicht gerade häufig vorkommende Ausnahme von der Vorleistungspflicht des Arbeiters sieht der § 321 B.G.B. vor; vgl. hierüber Lotmar S. 381.

[2]) Über § 320 Abs. 2 B.G.B. bei Vorleistung vgl. unten § 18 Anm. 30 u. 36. Auch der § 320 Abs. 2 u. 3 ist hier praktisch bedeutungslos, da der weitergehende § 615 B.G.B. Platz greift.

[3]) Im Interesse der Kürze wird dieser Ausdruck, der auf die Entrichtung von Naturallohn nicht recht paßt, gewählt.

[4]) Kommt der Arbeitgeber vor dem Zahltag in Konkurs, so verschiebt sich die Fälligkeit bis zur Anmeldung und Feststellung im Konkursverfahren (so mit Recht O.L.G. Hamm in der d. Juristenzeitg. B. 7 S. 300).

vertreten hat (vgl. § 279 B.G.B.). Ist eine Leistungszeit nicht bestimmt, so kommt der Arbeitgeber erst durch eine Mahnung des Arbeiters in Verzug. Diese Leistungszeit heißt in der Sprache der gewerblichen Praxis meist der Zahltag. Er ist, wie § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes sagt, „der Tag, an welchem die Vergütung gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig zu entrichten ist". Ist der Zahltag hiernach nicht zu bestimmen, so greift der § 614 Satz 2 B.G.B., der subsidiär und dispositiv ist,[5]) Platz. Eine gesetzliche Vorschrift, welche bestimmte Zahltage direkt vorschreiben würde, besteht für den gewerblichen Arbeitsvertrag nicht. Dagegen können die Gemeinden nach § 119a Abs. 2 G.O. durch statutarische Bestimmung diesbezügliche Vorschriften treffen. Für Fabriken, in welchen in der Regel mindestens 20 Arbeiter beschäftigt werden, sind bestimmte Zahltage indirekt durch § 134b Z. 2 G.O. vorgeschrieben. Aus dem B.G.B. ist hier noch der § 193 heranzuziehen, wonach sich der Zahltag, falls er auf einen Sonntag oder einen am Leistungsort staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag fällt, auf den nächstfolgenden Werktag verschiebt. Eine vertragsmäßige Bestimmung des Zahltags durch die Parteien kommt in der Praxis außerordentlich häufig vor; sie kann auch stillschweigend dadurch erfolgen, daß der Lohn öfters an einem bestimmten Wochentag bezahlt wird. Bei der Untersuchung der Frage, ob in einem einzelnen Gewerbe der Zahltag gewohnheitsmäßig an einem bestimmten Tage stattfinde, bildet ein Tarifvertrag auch für die ihm nicht direkt unterstehenden Gewerbsgenossen eine hervorragende Erkenntnisquelle. Ist der Zahltag an der Hand der erwähnten Verweisungen nicht zu bestimmen, so ist der Lohn nach § 614 B.G.B., falls er nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten. Ist er nicht nach Zeitabschnitten bemessen, so ist er eben jeweils nach der Leistung der Dienste zu bezahlen. Zu bemerken ist übrigens hier, daß der Stundenlöhner nach einer im gewerblichen Leben allseitig anerkannten Gewohnheit niemals einen Anspruch darauf hat, jeweils nach Verfluß einer Arbeitsstunde entlohnt zu werden.[6]) Bei ihm ist also, falls sich nicht eine anderweitige Bestimmung des Zahltags nachweisen läßt, anzunehmen, daß er täglich zu entlohnen ist. Findet das Arbeitsverhältnis sein ordnungsmäßiges Ende durch Kündigung[7]) vor

---

[5]) Ebenso Lotmar S. 353, 367.

[6]) Ebenso Lotmar S. 352; wird Naturallohn in Form von freier Kost und Wohnung gewährt, so ist sie jeden Tag zu gewähren; die Leistungszeit ist hier also kalendermäßig bestimmt.

[7]) Kündigung unter Einhaltung der maßgebenden Kündigungsfrist sowohl als sofortige Kündigung (§§ 123, 124 G.O.).

Eintritt des Zahltags, so ist der Lohn, falls die Parteien nichts anderes vereinbart haben, sofort bei dem Austritt des Arbeiters zu bezahlen,[8]) denn die Einführung bestimmter Zahltage kann sich beim Mangel einer anderweitigen Vereinbarung der Parteien nur auf die Zeit beziehen, während welcher das Arbeitsverhältnis besteht. Rein subjektives Unvermögen hat der Arbeitgeber zu vertreten.[9])

Was die Folgen des Leistungsverzugs des Arbeitgebers betrifft, so gilt hier für den gewerblichen Arbeitsvertrag nichts besonderes (vgl. §§ 286, 326 B.G.B.); es ist deshalb hierüber auf die Literatur zum B.G.B. zu verweisen. Zu bemerken ist nur, daß der Leistungsverzug des Arbeitgebers nach §§ 124 Z. 4, 133d Z. 2 G.O. dem Arbeiter das Recht zum sofortigen Austritt [10]) und nach § 628 Abs. 2 B.G.B. einen Schadensersatzanspruch verschafft.

Die Lehre vom Annahmeverzug des Arbeiters bietet bei dem gewerblichen Arbeitsvertrag keine Besonderheiten; es ist deshalb auch hiewegen auf die allgemeine Literatur zum B.G.B. zu verweisen.

2. Haben Arbeitgeber und Arbeiter bei oder nach Abschluß des gewerblichen Arbeitsvertrags eine Zeit für die tatsächliche Aufnahme der Arbeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Arbeiter auch ohne Mahnung in Leistungsverzug, wenn er die Arbeit nicht zu der bestimmten Zeit aufnimmt und die Aufnahme der Arbeit nicht infolge eines Umstands unterblieben ist, den er nicht zu vertreten hat. Das Gleiche gilt, wenn der Arbeiter die Arbeit zwar an dem bestimmten Anfangstermin aufgenommen, nachher aber auf Grund eines von ihm zu vertretenden Umstands, bezw. ohne gerechten Grund (§ 124, 124a G.O.) verlassen hat. Das Gleiche gilt ferner auch, wenn die Parteien zwar einen nach dem Kalender bestimmten Termin für die Aufnahme der Arbeit nicht vereinbart haben, wenn aber der Arbeiter, sei es nach oder ohne Mahnung des Arbeitgebers, die Arbeit aufgenommen und nachher auf Grund eines von einem von ihm zu vertretenden Umstands, bezw. ohne gerechten Grund wieder aufgegeben hat. Haben die Parteien dagegen für die Aufnahme der Arbeit keinen nach dem Kalender zu bestimmenden Termin

---

8) Ebenso Lotmar S. 368. Wird das Arbeitsverhältnis von einem oder andern Teil rechtswidrig, also nur tatsächlich gelöst, so besteht es rechtlich bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fort; der bis zum Austritt vom Arbeiter verdiente Lohn wird in diesem Fall also erst am nächsten Zahltag fällig; ebenso Lotmar S. 370 Anm. 1.

9) Ebenso Mot. II S. 45 § 279 B.G.B.

10) Ebenso Lotmar S. 364; die abweichende Meinung von Dernburg II 2 § 307 S. 396 ist jedenfalls für den gewerblichen Arbeitsvertrag nicht richtig.

gesetzt, so kommt der Arbeiter erst durch die Mahnung des Arbeitgebers in Verzug (§ 284 B.G.B). Diese Sätze rechtfertigen sich durch das Moment der Zeit, das mit dem gewerblichen Arbeitsvertrag untrennbar verbunden ist. Bei der Arbeitsleistung im gewerblichen Arbeitsvertrag handelt es sich normalerweise nicht um die Bewirkung einer einmaligen, auf einen bestimmten Zeitpunkt sich konzentrierenden Leistung, wie bei der Übergabe des Kaufgegenstands oder der Hingabe der Darlehenssumme, sondern um die Entwicklung einer zusammenhängenden, ununterbrochenen Tätigkeit während gewisser, mehr oder weniger langen Zeiträume im Betrieb des Arbeitgebers.[11]) Die Parteien wollen nicht nur, daß der Arbeiter die Arbeit vereinbarungsgemäß aufnehme; sie wollen vielmehr auch, daß er sie während einer ganz bestimmten Zeit, nämlich während der maßgebenden Arbeitszeit bis zur ordnungsmäßigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses [12]) fortsetze. Kommt er dieser Verpflichtung ohne gerechten Grund nicht nach, so kommt er in Leistungsverzug. Leistungsverzug ist also festzustellen, mag der Arbeiter die Arbeit endgültig oder bloß vorübergehend verlassen haben. Verläßt er sie nur vorübergehend, wird er also nach der Unterbrechung von dem Arbeitgeber wieder weiter beschäftigt, so ist die Frage nach dem zeitlichen Umfang des Verzugs leicht zu entscheiden. Er erstreckt sich eben auf die Zeit, während welcher der Arbeiter nicht gearbeitet hat. Nicht so einfach ist die Frage, die wegen der aus dem Verzug des Arbeiters dem Arbeitgeber erwachsenden Ansprüche von Erheblichkeit ist, zu beantworten, wenn der Arbeiter die Arbeit ohne gerechten Grund endgültig verläßt, wenn er sie, wie man im Volk sagt, „stehen läßt“. Zur Entscheidung dieser Frage ist der Begriff der Vertragszeit [13]) heranzuziehen. Der Arbeiter verspricht in dem gewerblichen Arbeitsvertrag nicht bloß, die maßgebende Arbeitszeit, d. h. die für die Vollbringung der Arbeit bestimmte Zeitperiode des einzelnen Tags zur Arbeit auszunützen; er verspricht vielmehr auch, diese Ausnützung bis zum ordnungsmäßigen Ablauf des Vertragsverhältnisses, also bis zum Ende der Vertragszeit fortzusetzen. Haben die Parteien durch Übereinkunft das Ende der Vertragszeit genau bestimmt (§ 620 Abs. 1 B.G.B.), so ist der Arbeiter mit

[11]) Vgl. Rosin, das Recht der Arbeiterversicherung S. 209 und Sombart im Archiv für soz. Gesetzg. u. Stat. B. 14 S. 321.

[12]) Hierunter wird hier die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sowohl durch Kündigung unter Einhaltung der maßgebenden Kündigungsfrist, als durch sofortige Kündigung (§§ 123, 124, 133b G.O.) verstanden.

[13]) Über Arbeitszeit und Vertragszeit vgl. Lotmar S. 467 ff.

der gesamten, bis zu diesem Zeitpunkt noch geschuldeten Leistung im Verzug. Wie ist nun aber zu entscheiden, wenn eine solche zeitliche Begrenzung des Vertragsverhältnisses nicht erfolgt ist? Die gleiche Frage erhebt sich bei dem Annahmeverzug des Arbeitgebers und ist dort für die Bemessung der dem Arbeiter geschuldeten Vergütung von Erheblichkeit (§ 615 B.G.B.). Es ist davon auszugehen, daß das Arbeitsverhältnis dadurch, daß der Arbeiter ohne gerechten Grund von der Arbeit wegläuft, von Rechts wegen sein Ende noch nicht findet, denn der Leistungsverzug als solcher bewirkt niemals schon an sich eine Aufhebung des Vertragsverhältnisses. Der Arbeitsvertrag findet sein Ende vielmehr nur durch die Kündigung, sei es die sofortige unbefristete Kündigung nach §§ 123, 124, 133b G.O., oder die Kündigung unter Einhaltung der maßgebenden Kündigungsfrist. Immerhin darf aber nicht verkannt werden, daß der Arbeiter durch das Verlassen der Arbeit seinen Willen, das Vertragsverhältnis zu beendigen, deutlich zum Ausdruck bringt. Diesen Willen hat das Gericht zu respektieren; es muß ihm daher die Bedeutung der ordnungsmäßigen Kündigung, zu der der Arbeiter ja jederzeit befugt ist, nach § 140 B.G.B. beimessen.[14]) Der Leistungsverzug des Arbeiters erstreckt sich sonach auf die sich bis zum Ablauf der Kündigungsfrist erstreckende Zeit.[15])

Wäre für die Folgen des Leistungsverzugs der § 326 B.G.B. maßgebend, so hätte der Arbeitgeber die Wahl zwischen drei Rechten:[16]) Erfüllung und Schadensersatz wegen Verzögerung, oder Schadensersatz, oder Rücktritt vom Vertrag. Der § 326 B.G.B. ist nun aber beim gewerblichen Arbeitsvertrag in der überwiegenden Zahl der Fälle[17]) nicht anwendbar. Es steht fest, daß der § 326 von der trotz des eingetretenen Leistungsverzugs fortdauernden Möglichkeit der vertragsmäßigen Erfüllung ausgeht. Ist infolge des Verzugs Leistungsunmöglichkeit eingetreten, so gibt nicht § 326, sondern § 325 B.G.B. die maßgebende Norm.

Es ist bereits oben[18]) darauf hingewiesen worden, daß bei dem

---

14) Ebenso übereinstimmend die Praxis der Gewerbegerichte, auch Staub Anm. 8 zu § 66 H.G.B.; Lotmar S. 568; Stadthagen S. 110; vgl. auch Crome, die part. Rechtsgesch. S. 187; a. M. Scherer Anm. 15 zu §§ 626—629 B.G.B. für die Entlassung, sie sei keine Kündigung, kein minus, sondern ein aliud.

15) Das Gleiche gilt bei dem Annahmeverzug des Arbeitgebers, der bei Entlassung des Arbeiters eintritt.

16) Vgl. hiezu Dernburg II 1 § 98.

17) Ich beschränke meine im Gew.-G. 6 außerordentliche Beilage zu Nr. 1 gegebenen Ausführungen auf das im Text geschilderte Maß.

18) Vgl. zum folgenden Sigel a. a. O.

gewerblichen Arbeitsvertrag der übereinstimmende Willen der Parteien normalerweise dahin geht, daß von einem fixen Termin an zu ganz bestimmten Zeiten Arbeit zu leisten ist. Dieser Satz hat ganz sicher für diejenigen Arbeitsverhältnisse zu gelten, bei denen die Parteien eine ganz bestimmte tägliche Arbeitszeit vereinbart haben. Die Parteien wollen hier, daß eine ganz genau bestimmte Zeit und nicht eine andere Zeit zur Arbeit ausgenützt werde. Sie wollen dies nicht ohne Grund; sie haben vielmehr beide ein ganz erhebliches Interesse daran, daß die maßgebende Arbeitszeit auch eingehalten werde. Die Einhaltung der maßgebenden Arbeitszeit bildet hier also „einen integrierenden Bestandteil des Inhalts der Leistung", einen „so wesentlichen Bestandteil des Schuldverhältnisses, daß die Leistung zu einer andern als der bestimmten Zeit als eine ganz andere Leistung erscheint".[19]) Die Folge davon ist, daß die dem Arbeiter obliegende Leistung, falls er die maßgebende Arbeitszeit ohne Arbeit hat verstreichen lassen, gerade für diese Zeit unmöglich geworden ist.[20]) Arbeitet der Arbeiter am Montag vertragswidrigerweise nicht, so ist dieser Montag für die in Aussicht genommene Arbeitsleistung unwiederbringlich verloren. Er kann freilich am Dienstag unter Umständen dasselbe Arbeitsresultat herstellen, wie am Montag. Aber damit ist dem Arbeitgeber nicht gedient; dieser hat eben Anspruch auf Herstellung der Arbeitsresultate vom Montag und Dienstag. Umgekehrt hat aber auch der Arbeiter den Anspruch, am Montag und Dienstag beschäftigt, bezw. für diese beiden Tage entlohnt zu werden. Gerade dadurch, daß sie eine ganz bestimmte tägliche Arbeitszeit für die ununterbrochene Tätigkeit des Arbeiters während der ganzen Vertragszeit festsetzen, bringen die Parteien deutlich zum Ausdruck, daß eine Unterbrechung der Arbeitszeit die Zwecke des eingegangenen Vertragsverhältnisses bezüglich der ohne Arbeit verstrichenen Arbeitszeit völlig vereitelt.[21]) Der Leistungsverzug hat also stets bezüglich der Zeit, innerhalb welcher der Arbeiter im Verzug ist, Unmöglichkeit der Leistung

---

[19]) So Planck in der Vorbem. zu §§ 275—280 B.G.B.; in den Mot. II S. 461 ist gesagt, „daß dem Dienstvertrag regelmäßig eine Art von Fixgeschäft beiwohne"; vgl. auch R.G.E. in der D. Juristenzeitung 7 S. 393.

[20]) S. Planck a. a. O.; Niedner sagt in der D. Juristenzeitung 6 S. 444 mit Recht: Die regelmäßig durch den Verzug teilweise (nämlich in Ansehung der Zeit) herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung komme bei den Verkehrsgeschäften häufig einer völligen Unmöglichkeit der Leistung vom Standpunkt des Gläubigers aus wirtschaftlich völlig gleich; vgl. ferner Sinzheimer Lohn und Aufrechnung S. 57 ff.; Schöller in Gruchots Beiträgen B. 46 S. 25 u. 286 ff.

[21]) Vgl. Dernburg II 1 § 60 und R.G.E. in C.S. B. 5 S. 278.

zur Folge. Durchaus das gleiche gilt umgekehrt für den Annahmeverzug des Arbeitgebers, denn hier greifen dieselben Erwägungen Platz. Nur wird dort die Richtigkeit der hier vorgetragenen Ansicht noch dadurch ganz deutlich bewiesen, daß der Gesetzgeber den § 615 dem § 324 B.G.B. durchaus angepaßt hat. Der § 615 sagt ganz konsequent, daß der Arbeiter bei Annahmeverzug des Arbeitgebers seine Vergütung zu bekommen habe, „ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein". Die Nachleistung wäre eben eine andere Leistung, als die vertragsmäßig zugesagte.

Für diejenigen Arbeitsverhältnisse, bei welchen dem Ausgeführten zufolge der Verzug des Arbeiters Leistungsunmöglichkeit bewirkt, sind die Folgen des Verzugs dem § 325, nicht dem § 326 B.G.B. zu entnehmen. Dagegen ist für diejenigen Arbeitsverhältnisse, bei welchen das Moment der Arbeitszeit nicht zum wesentlichen Inhalt der dem Arbeiter obliegenden Leistung gehört, § 325 B.G.B. anzuwenden.[22])

Bezüglich des § 325 B.G.B.[23]) ist hier nur noch kurz folgendes zu bemerken: Bei denjenigen Arbeitsverträgen, für welche bei Verzug des Arbeiters § 325 B.G.B. anzuwenden ist, ist zwischen vollständiger und teilweiser Leistungsunmöglichkeit zu unterscheiden.[24]) Vollständig ist die Leistungsunmöglichkeit, wenn der Verzug ein vorübergehender ist, d. h. wenn der Arbeiter die Arbeit nicht endgültig, sondern nur vorübergehend aufgegeben hat, oder wenn er sie endgültig aufgegeben bezw. gar nicht aufgenommen hat und die maßgebende Kündigungsfrist bereits abgelaufen ist. In diesen Fällen ist die vertragsmäßige Arbeitszeit nicht zur Arbeit ausgenützt worden; dieses Versäumnis ist irreparabel. Der Arbeitgeber kann im Weg der Klage nicht mehr Erfüllung bezüglich der verflossenen Zeit, sondern nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen[25]) oder von dem Vertrag zurücktreten.[26]) Hat der

---

[22]) Hieher gehören z. B. die Arbeitsverträge der Heimarbeiter u. Akkordarbeiter, denen eine bestimmte Arbeitszeit nicht vorgeschrieben ist.

[23]) Über die §§ 325, 326 B.G.B. im allgemeinen vgl. die Literatur zum B.G.B.

[24]) S. auch oben § 13 Z. III.

[25]) Auf diesen Schadensersatzanspruch findet § 124 b (vgl. § 134 Abs. 2 Satz 2) G.O. Anwendung; über das Verhältnis der Ansprüche aus § 124 b zu einander, vgl. Nelken S. 628.

[26]) Dem Recht zum Rücktritt vom Vertrag entspricht hier die Befugnis zur Entlassung nach § 123 Z. 3, 133 c Z. 3 G.O.; denn der Leistungsverzug beruht immer auf einem unbefugten Verlassen der Arbeit. Neben der Entlassungsbefugnis erwächst hier aber dem Arbeitgeber auch noch ein Schadensersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 B.G.B. kumulativ, während der § 325 Satz 1 nur alternative Rechte verleiht. Dies bedeutet keinen Widerspruch; denn Rücktritt vom Vertrag und Entlassungsbefugnis sind nicht identisch, s. o. § 13 Z. III 1.

Arbeiter die Arbeit endgültig verlassen, bezw. gar nicht aufgenommen, so kann der Arbeitgeber bezüglich der noch nicht abgelaufenen, also der noch zukünftigen Zeit der Kündigungsfrist Klage auf Erfüllung erheben, denn bezüglich dieser zukünftigen Zeit ist die Leistung noch möglich; bezüglich der bereits verflossenen Zeit ist sie unmöglich. Bezüglich der ganzen, vertragsmäßig bis zum Ablauf der Kündigungsfrist geschuldeten Arbeitsleistung liegt hier also teilweise Unmöglichkeit vor. Der Arbeitgeber kann bezüglich des noch möglichen Teils der Arbeitsleistung eine allerdings in der Vollstreckung (§ 888 Abs. 2 C.P.O.) versagende Klage auf Erfüllung [27]) erheben; in dieser Klage kann er aber alternativ den durch § 51 des Gewerbegerichtsgesetzes gegebenen Schadensersatzanspruch geltend machen. [28]) Will er nicht auf Erfüllung klagen, so kann er, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, die im § 325 Satz 2 u. 3 B.G.B. bezeichneten Rechte (Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit, Rücktritt vom Vertrag u. s. w.) [29]) geltend machen.

Über die Frage, welche Umstände der Arbeiter zu vertreten habe (§ 285 B.G.B.) vgl. oben § 12.

Die Ausführungen, welche über die aus dem Verzug des Arbeiters sich ergebende Leistungsunmöglichkeit gegeben worden sind, haben umgekehrt auch für den Annahmeverzug des Arbeitgebers zu gelten.

Der Arbeitgeber kommt nach § 293 B.G.B. in Verzug, wenn er die ihm vom Arbeiter vertragsmäßig angebotene, an sich mögliche Ar-

---

[27]) Die Ansicht Stadthagens S. 118 u. 119, daß eine solche Klage chikanös und darum unzulässig sei, ist unrichtig; vgl. gegen Stadthagen Sigel a. a. O. Sp. 11; vgl. auch Nelken S. 753.

[28]) § 726 C.P.O. ist hier nicht anwendbar, da § 264 B.G.B. Platz greift; vgl. Haas, Anm. 5 zu § 51 Gew.-Ger.-G.; Gaupp-Stein Anm. II zu § 726 C.P.O.; die Vollstreckungsklausel ist also ohne weiteres zu erteilen. Läßt der Arbeitgeber die zweite Alternative des Urteils vollstrecken, so hat der Arbeiter etwaige Einwendungen im Weg des § 767 C.P.O. geltend zu machen (vgl. R.G.E. in C.S. B. 27 S. 383). Im § 51 Gew.-Ger.-G. sind die § 283 B.G.B. u. § 255 C.P.O. zusammengezogen.

[29]) Auch auf diesen Schadensersatzanspruch findet § 124 b G.O. Anwendung, jedoch nur dann, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für den Arbeitgeber kein Interesse hat. Ist dies nicht der Fall, so hat der Arbeitgeber überhaupt keinen Schadensersatzanspruch. Der § 124 b G.O. setzt offenbar voraus, daß ein solcher Anspruch besteht, und will nur die Schadensliquidation dem Arbeitgeber ersparen. Vgl. Grote im Gew.-G. 5 S. 21, der mit Recht gegen die Rechtsvermutung des § 124 b G.O., daß ein Schaden entstanden sei, nach § 292 C.P.O. die Führung des Gegenbeweises zulassen will. Über die Ansprüche aus § 325 B.G.B. im allgemeinen vgl. Dernburg II 1 § 96; Planck zu § 325 B.G.B.; über das ius variandi bei diesen Ansprüchen vgl. Planck Anm. 2 zu § 615 B.G.B. und dazu Sigel a. a. O. Sp. 10.

beitsleistung nicht annimmt, mag ihm die Ablehnung des Arbeitsangebots zur Schuld anzurechnen sein oder nicht.[30]) Der Annahmeverzug kann ebenso wie der Leistungsverzug ein vorübergehender oder ein endgültiger sein. Das erstere ist der Fall, wenn der Arbeitgeber den Arbeiter gegen seinen Willen mit der Arbeit aussetzen läßt, ohne das Arbeitsverhältnis zu lösen. Der Arbeitsvertrag als ein auf die Entwicklung einer zeitlich zusammenhängenden Tätigkeit gerichteter Vertrag verträgt keine Unterbrechung. Endgültig ist der Annahmeverzug, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsangebot des Arbeiters ablehnt, ohne ihm spätere Beschäftigung in Aussicht zu stellen, wenn er also das Arbeitsverhältnis faktisch löst. Dies ist der Fall, sowohl wenn der Arbeitgeber gleich das erste, nach Abschluß des Vertrags gemachte Arbeitsangebot definitiv ablehnt, als auch wenn er den Arbeiter nach Aufnahme der Arbeit ohne gerechten Grund entläßt. Die Entlassung ist nichts anderes, als Ablehnung des vom Arbeiter ausdrücklich oder stillschweigend gemachten Arbeitsangebots.[31]) Eines wörtlichen Arbeitsangebots seitens des Arbeiters bedarf es hier nicht,[32]) denn der Arbeiter, der bereits in Arbeit steht, macht gerade durch seine Bereitschaft zur Fortsetzung der Arbeit das tatsächliche Angebot im Sinn des § 294 B.G.B. Der § 295 B.G.B. bezieht sich nur auf den Fall, wenn der Schuldner ein tatsächliches Angebot nicht macht.

Haben die Parteien für den Beginn der Arbeit und für ihre Leistung eine bestimmte Arbeitszeit festgesetzt, so kommt der Arbeitgeber ohne weiteres in Annahmeverzug, wenn er das hiernach gemachte Arbeitsangebot nicht annimmt. Ist eine Leistungszeit nicht bestimmt oder aus den Umständen nicht zu entnehmen, so kann der Arbeiter das Arbeitsangebot nach § 271 Abs. 1 B.G.B. sofort machen. Der Arbeitgeber

---

30) Vgl. oben § 12 Anm. 15.

31) Dies übersieht das O.L.G. Marienwerder in Seufferts Archiv B. 57 Nr. 190, in dem es ausführt, bei rechtswidriger Entlassung komme nicht § 295, 615, sondern § 324 B.G.B. zur Anwendung, weil es sich um einen gegenseitigen Vertrag handle und weil der Arbeitgeber durch die von ihm verschuldete Entlassung dem Arbeiter die Fortsetzung seiner Dienste unmöglich mache. Nelken S. 614 will auf die Ansprüche des zu Unrecht entlassenen Arbeiters § 615 B.G.B. analag anwenden.

32) A. M. L.G. Berlin (Soz. Pr. 12 S. 203); Staub Anm. 1 zu § 70 H.G.B. Die Ansicht Staubs ist für den Fall richtig, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsangebot des Arbeiters schon vor Aufnahme der Arbeit ablehnt; hier genügt nach § 295 B.G.B. ein wörtliches Angebot, weil noch gar kein tatsächliches gemacht ist. Eine andere Frage ist aber, ob der Arbeiter, der sich auf die Erklärung der Entlassung widerspruchlos entfernt, sich nicht damit mit der sofortigen Lösung des Arbeitsverhältnisses stillschweigend einverstanden erklärt habe. Vgl. hierüber unten § 20 Anm. 38.

kommt hier aber nach § 299 B.G.B. nicht dadurch in Verzug, daß er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist, es sei denn, daß der Arbeiter ihm die Arbeitsleistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat.[33])

Der Annahmeverzug des Arbeitgebers bewirkt für den Arbeiter Unmöglichkeit der Leistung; denn gegen den Willen des Arbeitgebers kann und darf er nicht im Betrieb des Arbeitgebers arbeiten. Der Arbeiter hat zivilrechtlich niemals „ein Recht auf Arbeit“; dies ergibt sich aus den §§ 324, 615 B.G.B. mit Sicherheit. Er kann den Arbeitgeber, der ihm gegenüber im Unrecht ist, nicht mit den zivilprozessualen Vollstreckungsmitteln dazu zwingen, ihn zu beschäftigen;[34]) er kann stets nur seine Vergütung verlangen.

Wäre im Titel über den Dienstvertrag der § 615 nicht enthalten, so wäre für den Annahmeverzug des Arbeitgebers der § 324 B.G.B. anzuwenden,[35]) denn der Annahmeverzug ist ein Umstand, den er zu vertreten hat. Dies ist nun aber praktisch bedeutungslos, da der § 615 sich mit dem § 324 durchaus deckt. Gerade die Kongruenz dieser beiden Gesetzesbestimmungen ist aber ein sicherer Beweis für die in dieser Schrift vertretene Ansicht, daß Nichteinhaltung der bestimmten Arbeitszeit stets Unmöglichkeit der Arbeitsleistung bewirkt.

Was die Folgen des Annahmeverzugs und der dadurch bewirkten Leistungsunmöglichkeit betrifft, so steht soviel jedenfalls fest, daß der Annahmeverzug den Arbeitsvertrag so wenig wie einen andern Vertrag ohne weiteres aufhebt. Der Arbeitsvertrag als solcher bleibt bis zu seinem ordnungsmäßigen Ende nach den Grundsätzen über den Ablauf der Kündigungsfrist oder den Rücktritt vom Vertrag bestehen. Der Arbeiter hat nach § 615 B.G.B. für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung zu verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein.[36]) Sein Anspruch ist also kein Schadensersatzan-

---

[33]) Hieher gehören Akkordarbeiter, denen eine bestimmte Arbeitszeit nicht vorgeschrieben ist, z. B. Anschläger in Neubauten; vgl. unten § 15 Anm. 24.

[34]) Die Praxis kennt Fälle, in denen der Arbeiter aus psychologischen Gründen mit der Auszahlung seines Lohns bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zufrieden ist, sondern Weiterbeschäftigung verlangt, so wenn er wegen Verdachts einer strafbaren Handlung oder wegen geschäftlicher Unbrauchbarkeit, die er bestreitet, entlassen wird; die gleiche Ansicht wie im Text wird vertreten von Planck II S. 353 und Oertmann S. 532.

[35]) Vgl. O.L.G. Marienwerder oben Anm. 29.

[36]) Die Vergütung des lediglich auf Trinkgelder angewiesenen Kellners besteht eben in den Trinkgeldern, die die Gäste des Wirts für diesen bezahlen. Wollte man

spruch, sondern ein Anspruch auf die vereinbarte Vergütung.[37]) Nach den Motiven [38]) hat es der Gesetzgeber vorgezogen, die Fiktion der Fortdauer des Vertrags nicht im Gesetz auszusprechen; er hat vielmehr nur die Folgen der Fiktion gesetzlich festgelegt. Aber einer solchen Fiktion bedarf es gar nicht. Der Vertrag besteht rechtlich, wenn auch nicht tatsächlich fort.[39]) Wenn der Arbeiter infolge von Krankheit nicht arbeiten kann und nicht entlassen worden ist, so liegt die Sache ganz gleich.[40]) Die Fortdauer des Vertrags ist insofern praktisch von der größten Bedeutung, als das Recht der purgatio morae und der Schutz des Vergütungsanspruchs gegen Pfändung und Aufrechnung (§ 394 B.G.B.) von ihrer Annahme abhängt [41]) und weiterhin bei einer nach der Entlassung eintretenden Krankheit des Arbeiters § 616 B.G.B. anwendbar wird.[42]) Die Frage, in welcher Höhe der Arbeiter die vereinbarte Vergütung zu beanspruchen habe, hat der Gesetzgeber im § 615 B.G.B. nicht entschieden. Es muß auch hier wie bei dem Leistungsverzug unterschieden werden zwischen vorübergehendem und endgültigem Annahmeverzug. Im ersteren Fall, also z. B. wenn der Arbeitgeber den Arbeiter wider seinen Willen und ohne gerechten Grund mit der Arbeit aussetzen läßt, ist die Beantwortung der Frage einfach. Der Arbeitgeber

---

die in einer strafrechtlichen Entscheidung des R.G. (Soz. Pr. 12 S. 339) vertretene Ansicht, daß Trinkgelder nicht als Lohn im Sinn des Krankenversicherungsgesetzes anzusehen seien, auch auf das Privatrecht übertragen, so käme man infolge des Wortlauts des § 615 B.G.B. zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß solche Arbeiter hier nichts zu beanspruchen hätten. Reisespesen, die als Ersatz für den täglichen Unterhalt gegeben werden, sind auch Teile des Lohns; vgl. Staub Anm. 27 zu § 59 H.G.B.

[37]) Ebenso Oertmann Anm. zu § 615 B.G.B.; Crome, die p. R. S. 148 u. 149 sagt: Die Leistung aus § 615 ist, „obwohl ihrem Wesen nach Schadensersatzleistung, doch, soweit als möglich, als Entgeltleistung zu behandeln", so bezüglich des Ausschlusses der Pfändung und der Aufrechnung. Diese Ansicht hat dem Wort „Fiktion", das die Motive hier gebrauchen, offenbar eine zu große Bedeutung zugemessen.

[38]) Mot. II S. 462.

[39]) Ebenso Staub Anm. 1 zu § 70 H.G.B., der auch auf die Denkschrift S. 61 hinweist; Scherer Anm. 12 zu § 628 B.G.B.; Staudinger Anm. III zu § 615 B.G.B.; preuß. Oberverwaltungsgericht im Gew.-G. 6 S. 169 u. bei Reger Entsch. 1901 S. 48: zivilrechtlich bestehe das Vertragsverhältnis fort, nicht aber für das Versicherungsrecht; a. M. v. Frankenberg im Gew.-G. 5 S. 204; nicht konsequent ist Stadthagen S. 109.

[40]) Vgl. Unger Nr. 105.

[41]) Den Ausschluß der Pfändung und Aufrechnung gegenüber dem Vergütungsanspruch aus § 615 nehmen an Crome a. a. O.; Staub Anm. 9 zu § 70 H.G.B; Sinzheimer S. 42; Sigel im Gew.-G. 6, 30; Lotmar S. 405; O.L.G. Colmar in der Zeitschr. für das ges. Handelsrecht B. 46 S. 491; a. M. v. Frankenberg im Gew.-G. 6 S. 81.

[42]) Vgl. Soz. Pr. 12 S. 310.

muß eben für die Zeit, während welcher er den Arbeiter hat aussetzen lassen, den Lohn weiterbezahlen;[43]) hier ist der Annahmeverzug zeitlich ohne weiteres genau zu bestimmen. Das Gleiche gilt, wenn die Parteien den Arbeitsvertrag von Anfang an nur für eine bestimmte Zeit eingegangen haben (§ 620 Abs. 1 B.G.B.); der Annahmeverzug endigt hier mit dem Ablauf der Zeit, für die das Arbeitsverhältnis eingegangen ist. Hiernach ist auch der Vergütungsanspruch zu berechnen. Ist die Dauer des Vertragsverhältnisses unbestimmt, so muß man das Ende des Annahmeverzugs und damit die Höhe des Vergütungsanspruchs ebenso wie bei dem Leistungsverzug durch Heranziehung der maßgebenden Kündigungsfrist bestimmen. Der Ablehnung des Arbeitsangebots, die rechtswidrig erfolgt, muß der Richter wenigstens die Bedeutung der ordnungsmäßigen Kündigung beimessen; ein anderer brauchbarer Maßstab für die zeitliche Begrenzung des Vergütungsanspruchs ist hier nicht zu finden. Dies ist in der Praxis allseitig anerkannt.

Für die Frage, wann der sich aus dem Annahmeverzug ergebende Vergütungsanspruch des Arbeiters zur Zahlung fällig sei, enthält der § 615 B.G.B. keine ausdrückliche Bestimmung.[44]) Da nun, wie bereits dargelegt worden ist, der Anspruch des Arbeiters kein Schadensersatzanspruch, sondern der sich aus dem Fortbestehen des Vertrags ergebende Anspruch auf die vereinbarte Vergütung ist, so wird man annehmen müssen, daß die Zahlungszeit im Fall des § 615 die gleiche ist, wie bei der tatsächlichen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Selbstverständlich kann aber der Arbeiter auch schon vor Eintritt des Zahlungstermins gemäß § 257 C.P.O. Klage auf künftige Zahlung erheben.[45]) Dem Arbeitgeber bleibt es dann aber überlassen, etwaige, auf § 615 Satz 2 B.G.B. zu gründende Einwendungen auf dem durch §§ 767, 768 C.P.O. vorgezeichneten Weg gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch geltend machen. Hat der Arbeiter für sein erfolgloses Arbeitsangebot besondere

[43]) In vielen Gegenden versteht man nach allgemeinem Sprachgebrauch unter „Aussetzen“ entgeltloses Aussetzen mit der Arbeit; der Arbeiter muß hier also, wenn er sich seinen Vergütungsanspruch erhalten will, eine ausdrückliche Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber, der die Arbeitsaussetzung anordnet, abgeben. Von einem Aussetzen mit der Arbeit spricht man häufig auch dann, wenn der Arbeiter z. B. wegen Regens, Kälte nicht arbeiten kann. Hier liegt nicht Annahmeverzug des Arbeitgebers, sondern Unmöglichkeit des Arbeitsangebots vor; vgl. oben § 12.

[44]) Bei der bekannten „Fixigkeit“ der gewerbegerichtlichen Rechtsprechung ist diese Frage praktisch von großer Bedeutung; das Urteil wird häufig schon am Tag nach der Entlassung gefällt!

[45]) Ebenso Stadthagen S. 116; vgl. auch Lotmar S. 368 Anm. 4.

Aufwendungen, z. B. Reiseauslagen, gemacht, so kann er hiefür nach § 304 B.G.B. Ersatz verlangen.[46])

Es ist endlich hier noch die Frage zu erörtern, ob dem Arbeitgeber, der in Annahmeverzug geraten ist, das Recht der purgatio morae zustehe, m. a. W. ob der Arbeitgeber, der den Arbeiter, sei es schon vor oder erst nach der tatsächlichen Aufnahme der Arbeit ohne gerechten Grund entläßt, die Entlassung rückgängig machen und in ordnungsmäßige Kündigung umwandeln dürfe mit der Wirkung, daß der Arbeiter, falls er das ihm neuerdings gemachte Arbeitsangebot nicht annimmt, seines Vergütungsanspruchs von der Zeit des neuen Angebots an verlustig geht. Diese Frage ist zu bejahen.[47]) Es liegt gar kein Grund vor, den Arbeitgeber hier anders zu behandeln als den Gläubiger aus irgend einem andern Vertragsverhältnis. Gerade weil der Vertrag hier nach § 615 an sich fortbesteht, müssen beide Teile auf Verlangen die vertragsmäßigen Leistungen bewirken. Selbstverständlich muß aber der Arbeitgeber unter allen Umständen, mag der Arbeiter das ihm neuerdings gemachte Arbeitsangebot annehmen oder nicht, die Vergütung für die bereits ohne Arbeitsleistung verflossenen Tage der Kündigungsfrist bezahlen.

Eine Ausnahme von dem Recht des purgatio morae muß aber dann gemacht werden, wenn mit oder nach dem Eintritt des Annahmeverzugs sich ein Tatbestand ereignet, der den Arbeiter schon an sich berechtigen würde, die Arbeit wegen vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers sofort zu verlassen (§§ 124, 124a, 133b, 133d G.O.),[48]) denn es wäre doch widersinnig, den Arbeiter in diesem Fall zur Annahme des Arbeitsangebots zu zwingen. Der Arbeiter kann hier ja auch erklären, er lehne nicht bloß wegen der Entlassung, sondern auch wegen des vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers das Arbeitsangebot ab und stütze seinen Anspruch nicht sowohl auf den § 615, als auch auf den § 628 Abs. 2 B.G.B. Eine weitere Ausnahme ergibt sich aus dem zweiten Satz des § 615 B.G.B. Hat der Arbeiter bereits eine andere, weniger gut

---

46) Ebenso Planck Anm. 2 zu § 615 B.G.B.; v. Schulz im Archiv für soz. Gesetzgebung u. Stat. B. 13 S. 398.

47) Ebenso G.G. Stuttgart im Gew.-G. 7 S. 157; Sigel a. a. O. S. 9; Cosack Anm. 19 u. 20 zu § 144; Staub Anm. 8 zu § 70 H.G.B.; auch Stadthagen S. 113 kommt zum gleichen Ergebnis. Das G.G. Duisburg Gew.-G. 5 S. 160, das zur Begründung der Pflicht des Arbeiters zur Annahme des neuen Arbeitsangebots den § 254 B.G.B. heranzieht, übersieht hiebei, daß der Anspruch des Arbeiters hier kein Schadensersatzanspruch ist; unrichtig auch A.G. Cöslin im Gew.-G. 8 S. 42.

48) Vgl. Sigel a. a. O. S. 9; ähnlich Staub Anm. 8 zu § 70 H.G.O.; Stadthagen S. 113.

bezahlte Stelle gefunden, so kann der Arbeitgeber seine Verbindlichkeit zur Zahlung der Differenz zwischen den beiden Löhnen nicht durch ein neües Arbeitsangebot beseitigen. Diese positivrechtliche Ausnahme ist vom Standpunkt des Gesetzgebers aus vielleicht nicht ganz konsequent, aber gewiß billig.

Über die Frage, welche Beträge der Arbeiter sich nach dem mit § 324 B.G.B. übereinstimmenden zweiten Satz des § 615 anrechnen lassen muß, vgl. oben § 13 S. 65.

§ 15.

Die Arbeitsleistung.

Nach § 611 Abs. 1 B.G.B. wird durch den Dienstvertrag derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet. Diese Bestimmung trifft auch auf den gewerblichen Arbeitsvertrag zu. Daneben gilt für ihn auch noch der § 121 G.O., der durch das B.G.B. nicht aufgehoben worden ist.[1]) Hiernach sind Gesellen und Gehilfen verpflichtet, den Anordnungen der Arbeitgeber in Beziehung auf die ihnen übertragenen Arbeiten und auf die häuslichen Einrichtungen Folge zu leisten; zu häuslichen Arbeiten sind sie nicht verbunden.[2]) Die den Arbeitern „übertragenen Arbeiten" sind eben die „versprochenen Dienste" im Sinn des § 611 Abs. 1 B.G.B. Die Leistung anderer Arbeiten als der versprochenen darf der Arbeitgeber nicht anordnen. Welche Dienste als versprochen anzusehen sind, kann nur im einzelnen Fall unter Berücksichtigung der allgemeinen Vorschrift des § 242 B.G.B., wonach der Arbeiter seine Leistungen so zu bewirken hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, entschieden werden. Entspricht es der Verkehrssitte, dem Brauch in einem Gewerbezweig, daß z. B. der Fleischergeselle, der Bäckergeselle, der Schreinergeselle dem Kunden des Arbeitgebers die bestellten Waren in das Haus bringt oder Rechnungen austrägt,[3]) so sind die Arbeiter auch zur Besorgung dieser Arbeiten verpflichtet. Dagegen darf der Arbeitgeber, der einen Arbeiter z. B. als Schriftsetzer oder Feinmechaniker eingestellt hat, diesem nicht zumuten, Holz zu hacken oder Grabarbeiten

[1]) Ebenso Dernburg II 2 S. 401 mit dem richtigen Beisatz: „sofern sich diese Anordnungen innerhalb des Rahmens der Vertragszwecke und der Observanz halten".

[2]) Lehrlinge, die bei ihrem Lehrherrn Kost und Wohnung haben, dürfen nach § 127 Abs. 2 G.O. auch zu häuslichen Dienstleistungen herangezogen werden.

[3]) Vgl. Staub Anm. 17 zu § 59 H.G.B.

zu besorgen.[4]) Einen praktischen Anhaltspunkt für die Entscheidung der Frage im einzelnen wird stets die Beachtung des von Arbeitgebern wie Arbeitern [5]) sehr fein empfundenen Unterschieds zwischen gelernten und ungelernten Arbeitern ergeben. Einem gelernten Arbeiter dürfen nur die in dem betreffenden Gewerbe üblichen Arbeiten zugemutet werden; er stellt seinem Arbeitgeber keineswegs ganz allgemein seine Arbeitskraft zur beliebigen Verwendung zur Verfügung.[6])

Auch bezüglich der Qualität der versprochenen Dienste gibt der § 242 B.G.B. die maßgebende Norm. Es ist in der Praxis durchaus anerkannt, daß an einen gut bezahlten Arbeiter höhere Anforderungen gestellt werden können, als an einen schlecht bezahlten; der Verkehr verlangt von jenem die Beobachtung eines größeren Maßes von Sorgfalt, als von diesem (§ 276 B.G.B.). Bewirkt der Arbeiter die versprochene Arbeitsleistung vorsätzlich oder fahrlässig nicht so, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, so begeht er eine Vertragswidrigkeit. die er nach § 276 B.G.B. zu vertreten hat. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt. Für die Entscheidung der Frage, wann Fahrlässigkeit festzustellen sei, ist somit ein objektiver Maßstab, nämlich die Anschauung des normalen, gesunden Verkehrs gegeben.[7]) Festzuhalten ist aber stets, daß ein schuldhaftes Verhalten des Arbeiters, ein pflichtwidriges Außerachtlassen der gebotenen Sorgfalt vorliegen muß; für das Maß dieser Sorgfalt ist die Anschauung des Verkehrs ausschlaggebend.[8])

Verspricht der Arbeiter die Leistung einer Arbeit, welche nur ein fachlich vorgebildeter Arbeiter vollbringen kann. so ist sein Versprechen, falls er hievon Kenntnis gehabt hat, nach § 157 B.G.B. dahin auszu-

---

[4]) Andere Beispiele: G.G. Bremen im Gew.-G. 7 S. 9 und Seufferts Archiv B. 57 Nr. 14.

[5]) Die gelernten Arbeiter Stuttgarts haben bezeichnenderweise den Wunsch ausgesprochen, auf dem städtischen Arbeitsnachweisamt einen andern Warteraum zu bekommen, als die ungelernten Arbeiter; es bestehen hier also offenbar Qualitätsunterschiede, die auch bei der Bestimmung der Leistungspflicht zu beachten sind. Dem Arbeiter kann nur eine in den Augen seiner Gewerbegenossen „honorige“ Arbeitsleistung zugemutet werden.

[6]) Vgl. oben § 12 S. 52; ferner Köhne, die Arbeitsordnungen S. 211.

[7]) Vgl. für das alte Recht Seufferts Archiv B. 51 Nr. 94.

[8]) Vgl. Seufferts Archiv B. 48 Nr. 181, wo anerkannt ist, daß der Arbeiter nicht jeden Mangel seiner Arbeitsleistung zu vertreten hat. In Arbeitgeberkreisen besteht vielfach der Irrtum, als ob der Arbeiter auch ohne den Nachweis eines Verschuldens für mangelhafte Arbeit, für Verlust von Material oder Werkzeug u. s. w. aufzukommen habe.

legen, daß er den Besitz von Fachkenntnissen stillschweigend zugesagt hat.[9]). Wenn ein Arbeiter sich ausdrücklich als Möbelschreiner einstellen läßt, so will er damit doch offenbar sagen, daß er etwas von der Möbelschreinerei verstehe. Mit einem Bauschreiner, der in seinem Leben noch nie an Möbeln gearbeitet hat, ist hier dem Arbeitgeber doch gewiß nicht gedient. Wenn nun ein solcher, fachlich nicht vorgebildeter Arbeiter eine untüchtige Arbeit liefert, so hat er zwar geleistet, aber eben vertragswidrig geleistet.[10]) Diese Vertragswidrigkeit beruht hier aber stets auf Fahrlässigkeit, denn auf Grund seines Leistungsversprechens durfte der Arbeitgeber bezüglich des Maßes der vom Arbeiter beobachteten Sorgfalt höhere Anforderungen stellen, als dieser erfüllt hat. Daneben kann auch noch die Anfechtbarkeit des Vertrags wegen Irrtums in Betracht kommen, sofern der Arbeiter die notwendigen Fachkenntnisse in keiner Weise besitzt.[11]) Auf das Maß der Fachkenntnisse kann aber die Annahme eines stillschweigend erteilten Garantieversprechens nicht ausgedehnt werden, denn hier sind die Ansichten unter den Arbeitgebern wie Arbeitern so sehr verschieden, daß ein allgemeiner Satz für die Willensauslegung nicht aufgestellt werden kann;[12]) hier kann vielmehr die Frage, welche Anforderungen an den Arbeiter gestellt werden können, nur im einzelnen Fall unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung entschieden werden.

Was die Folgen einer mangelhaften Arbeitsleistung betrifft, die der Arbeiter zu vertreten hat, so ist zunächst darauf hinzuweisen, daß der Arbeitgeber zur sofortigen Entlassung des Arbeiters nach § 123 Z. 6 G.O. nur berechtigt ist, wenn die mangelhafte Arbeitsleistung zugleich eine vorsätzliche und rechtswidrige Sachbeschädigung zum Nachteil des Arbeitgebers oder eines Mitarbeiters darstellt.[13]) Die Frage, ob der Arbeitgeber bei mangelhafter Arbeitsleistung vom Arbeiter Ersatz für den dadurch erwachsenen Schaden verlangen kann, hat das B.G.B., das eine

---

[9]) Ebenso Endemann Anm. 6 zu § 113; Scherer Anm. 7 zu § 611 B.G.B.; Crome, System II S. 648; vgl. auch Mot. II S. 458 u. oben § 12 Anm. 2 S. 51.

[10]) Metzges in der d. Juristenzeitung 7 S. 47 übersieht, daß vertragswidrige Leistung nicht identisch ist mit Nichtleistung; vgl. Staub in der Guttentagschen Festschrift für den 26. Juristentag (1902) S. 31.

[11]) Vgl. oben S. 65 Anm. 36.

[12]) Vgl. Staub Anm. 19 zu § 70 H.G.B.; L.G. Stuttgart bei Unger Nr. 145; G.G. Hamburg im Gew.-G. 4 S. 109.

[13]) Ebenso z. B. Unger Nr. 109, 145; anders ein im Korrespondenzblatt der Gewerkschaften Deutschlands Jahrg. 11 S. 743 erwähnter schwedischer Gesetzentwurf. Gegen Dernburg, der hier unter Umständen Rücktritt als Schadensersatz zulassen will, vgl. unten § 18 Anm. 45.

allgemeine Bestimmung über die subsidiäre Schadensersatzpflicht bei mangelhafter Erfüllung der dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeit nicht enthält, nicht direkt entschieden.[14]) Trotzdem ist anzunehmen, daß nach dem B.G.B. dem Gläubiger, hier also dem Arbeitgeber, bei vertragswidriger Leistung des Schuldners stets ein Schadensersatzanspruch zusteht. Dieser dem allgemeinen Rechtsbewußtsein entsprechende Satz ergibt sich kraft zwingender Analogie aus § 286 B.G.B.[15])

Nach § 613 B.G.B. hat der Arbeiter die Dienste im Zweifel in Person zu leisten; der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar.[16]) Solche Zweifel werden bei dem gewerblichen Arbeitsvertrag, der meist auf die Personen der Vertragschließenden zugeschnitten ist, in der Regel bestehen.[17]) Der Arbeitgeber braucht sich somit im allgemeinen vom Arbeiter keinen Ersatzmann aufdrängen zu lassen; der Arbeiter kommt trotz Stellung des Ersatzmanns in Leistungsverzug. Der Arbeitgeber kann den Arbeiter nicht gegen seinen Willen an einen andern Arbeitgeber abgeben. Will bei einem Verkauf des Geschäfts der Geschäftsnachfolger die bisherigen Arbeiter dem Geschäft erhalten, so muß er mit ihnen neue Dienstverträge abschließen. Wenn der Arbeiter aber mit Kenntnis von dem Geschäftsübergang bei dem Geschäftsnachfolger weiter arbeitet, so ist anzunehmen, daß ein stillschweigender Vertragsabschluß vorliegt.[18]) Die einzelnen Abmachungen des früheren Vertrags gelten dann auch für den Geschäftsnachfolger,[19]) denn es ist nach § 242 B.G.B. anzunehmen, daß die Parteien eben einfach das Vertragsverhältnis

14) Vgl. Staub a. a. O S. 33. Wohl aber hat das B.G.B. bei einzelnen Vertragsarten, z. B. bei Kauf, Miete, Werkvertrag die Ansprüche aus vertragswidriger Leistung eingehend geregelt; bei dem Dienstvertrag ist eine solche spezielle Regelung nicht gegeben; s. unten § 18 zu Anm. 19.

15) Ebenso Staub a. a. O. S. 41; in Anm. 11 zu § 347 H.G.B. nimmt Staub das Bestehen einer allgemeinen subsidiären Schadensersatzpflicht hier an; ebenso Crome. System II S. 65 u. Dernburg in der d. Juristenzeitung 8 S. 3 (vgl. auch B.R. II 2 S. 394). Schöller bei Gruchot B. 46 S. 25 ff. vertritt die Meinung, daß vertragswidriges Leisten Zuwiderhandeln gegen eine Unterlassungspflicht (§ 241 Satz 2 B.G.B.) sei und daher stets Unmöglichkeit der Erfüllung der Unterlassungspflicht begründe. Über die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags vgl. unten § 18.

16) S. Mot. II S. 456, Prot. II S. 278.

17) Vgl. Crome, d. part. Rechtsgesch. S. 180.

18) Die Übernahme der Aktiven und Passiven durch den Geschäftsnachfolger genügt also noch nicht; die Kenntnis des Arbeiters von dem Geschäftsübergang muß vorliegen. Vgl. Entsch. des R.G. in C.S. B. 36 S. 50 u. preuß. Oberverwaltungsgericht in der Zeitschr. für Arbeiterversicherung B. 14 S. 98.

19) Ebenso bezüglich der vertragsmäßigen Bestimmung der maßgebenden Kündigungsfrist Kammergericht Berlin im Gew.-G. 6 S. 26.

in seiner früheren Gestalt fortsetzen wollen. Verlangt der Arbeiter unter Ablehnung des ihm von dem Geschäftsnachfolger gemachten Arbeitsangebots von seinem bisherigen Arbeitgeber die Bezahlung der vertragsmäßigen Vergütung gemäß § 615 B.G.B., so ist die Frage zu prüfen, ob die Ablehnung nicht böswillig und daher der zweite Satz des § 615 anwendbar ist.[20])

Für die Bestimmung des Leistungsorts gibt der § 269 B.G.B. die maßgebende Vorschrift. Hiernach hat der Arbeiter die Arbeit im allgemeinen da zu leisten, wo der Arbeitgeber zur Zeit des Vertragsabschlusses seine gewerbliche Niederlassung hat. Verlegt er dieselbe später, so ist der Arbeiter nicht verpflichtet, ihm zu folgen.[21]) Selbstverständlich kann aber auch ein anderer Leistungsort von den Parteien bestimmt worden oder aus den Umständen zu entnehmen sein.

Bei der Bestimmung der Leistungszeit ist auf die eigenartige Natur des gewerblichen Arbeitsvertrags, der nicht eine einmalige, in einem bestimmten Zeitpunkt zu vollendende Leistung, sondern eine Reihe zusammenhängender, auf einen gewissen Zeitraum sich verteilender Tätigkeiten zum Gegenstand hat, Rücksicht zu nehmen.[22]) Unter Leistungszeit ist hier also nicht bloß der Zeitpunkt, in welchem die Arbeit erstmals aufzunehmen ist, sondern auch der zeitliche Teil des Tags zu verstehen, der bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses jeweils zur Arbeit auszunützen ist. In diesem Sinn ist Leistungszeit gleichbedeutend mit dem der Praxis mehr geläufigen und auch dem Gesetzgeber[23]) bekannten Begriff der Arbeitszeit. Der Zeitpunkt für die erstmalige Aufnahme der Arbeit wird in der Praxis von den Parteien meistens bestimmt oder aber ergibt er sich unschwer aus den Umständen, unter welchen der Arbeitsvertrag abgeschlossen worden ist. Läßt er sich nicht in dieser Weise feststellen, so kann der Arbeitgeber nach § 271 B.G.B. die Arbeitsleistung sofort verlangen, der Arbeiter sie sofort bewirken.[24]) Übrigens wird, falls die Parteien einen bestimmten Anfangstermin für das Arbeitsverhältnis nicht festgesetzt haben, stets die Frage zu prüfen

---

20) Vgl. Staub Anm. 22 zu § 70 H.G.B.; auch Unger Nr. 36 u. 38 u. Entsch. des R.O.H.G. B. 18 S. 370.

21) Der Arbeitgeber kommt hier gegenüber dem am vertragsmäßigen Leistungsort gemachten Arbeitsangebot eventuell in Annahmeverzug; ebenso G.G. u. L.G. Berlin in der Soz. Pr. B. 10 S. 740.

22) Vgl. hiezu Lotmar S. 467 ff.

23) Vgl. G.O., z. B. § 105 b, § 134 b Abs. 1 Z. 1.

24) Vgl. oben S. 76.

sein, ob überhaupt ein bindender Vertrag zustande gekommen sei. Ist eine Leistungszeit bestimmt, so ist nach § 271 Abs. 2 B.G.B. im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann. Diese Auslegungsregel kann für den gewerblichen Arbeitsvertrag nicht gelten, denn bei ihrer Anwendung käme z. B. der Arbeitgeber, der den Arbeiter am Montag ausdrücklich auf Donnerstag einstellt, in Annahmeverzug, wenn der Arbeiter ihm schon am Dienstag sein Arbeitsangebot machen würde. Der Wille der Parteien geht hier offensichtlich dahin, daß erst der Donnerstag der erste Arbeitstag sein solle: es besteht hier kein „Zweifel" (§ 271 Abs. 2 B.G.B.).

Die Frage, welchen Zeitraum der Arbeiter täglich zur Arbeit zu benützen habe, ist vom Gesetzgeber nicht unmittelbar entschieden. Wohl aber hat er eine Reihe von Vorschriften erlassen, welche einen mittelbaren Einfluß auf die Arbeitszeit bei dem gewerblichen Arbeitsvertrag ausüben.[25]) Hier ist in erster Linie der § 120e Abs. 3 G.O. zu nennen, nach dem der Bundesrat für solche Gewerbe, in welchen durch übermäßige Dauer der täglichen Arbeitszeit die Gesundheit der Arbeiter gefährdet wird, Dauer, Beginn und Ende der zulässigen täglichen Arbeitszeit und der zu gewährenden Pausen vorschreiben kann. Der Bundesrat hat auf Grund des § 120e Abs. 3 G.O. z. B. für den Betrieb der Bäckereien und Konditoreien,[26]) sowie für die Anlagen zur Herstellung elektrischer Akkumulatoren[27]) bestimmte tägliche Maximalarbeitszeiten, für den Betrieb der Getreidemühlen[28]) wenigstens eine Maximalruhezeit vorgeschrieben. Hierher gehören ferner aus der G.O. die §§ 105a—i (Verbot der Sonntagsarbeit mit Ausnahmen), § 120 Abs. 1 (Gebot der Freigabe der zum Besuch der Fortbildungsschule notwendigen Zeit), § 135 und 136 (Festsetzung einer Maximalarbeitszeit für in Fabriken beschäftigte Kinder von 13—14 Jahren und für junge Leute zwischen 14 und 16 Jahren),[29]) §§ 137 und 138 (Beschränkung der Arbeitszeit von Arbeiterinnen in

[25]) Vgl. Lotmar S. 476, 486.

[26]) S. Bekanntmachung des Bundesrats vom 4. März 1896 (R.Bl. S. 55).

[27]) S. Bekanntmachung des Bundesrats vom 11. Mai 1898 (R.Bl. S. 176), ferner vom 25. April 1899 (R.Bl. S. 267), Thomasschlacke betr.

[28]) S. Bekanntmachung des Bundesrats vom 26. April 1899 (R.Bl. S. 273).

[29]) Es wird hier der Kürze halber nur von den in Fabriken beschäftigten Kindern, jungen Leuten und Frauen gesprochen; es gehören auch die Werkstätten mit Motor- und Wasserbetrieb (§ 154 Abs. 3 G.O.) gemäß der K. Verordnung vom 9. Juli 1900 und der Bekanntmachung des Bundesrats vom 13. Juli 1900 (R.Bl. S. 565 bis 571) hierher.

Fabriken). Auch der § 120a Abs. 1 G.O., der dem § 618 Abs. 1 B.G.B. entspricht, gehört ebenso wie der § 618 Abs. 2 B.G.B. hierher;[30]) nach § 120a Abs. 1 G.O. darf der Unternehmer den Betrieb nicht so regeln, daß die Arbeiter gegen Gefahren für Leben und Gesundheit nicht soweit geschützt sind, wie es die Natur des Betriebs gestattet. Zu der Regelung des Betriebs gehört auch die Festsetzung der täglichen Arbeitszeit. Endlich ist hier noch der § 629 B.G.B. zu erwähnen, nach dem der Arbeitgeber unter gewissen Voraussetzungen auf Verlangen des Arbeiters die Arbeitszeit beschränken muß.

Alle diese Bestimmungen, durch welche der Arbeitgeber bei der Festsetzung oder Duldung der täglichen Arbeitszeit an gewisse Schranken gebunden worden ist, beziehen sich natürlich in erster Linie auf diejenigen Arbeitsverträge, bei denen die Einhaltung einer gewissen Arbeitszeit dem Arbeiter zur Pflicht gemacht ist. Sie sind aber auch für diejenigen Arbeitsverträge, bei welchen die Bestimmung der Arbeitszeit dem freien Ermessen des Arbeiters überlassen ist, von Bedeutung; der Arbeitgeber darf sich auch hier während der vom Gesetzgeber gesperrten Zeit keine Arbeit leisten lassen. Für die letztgenannten Verträge ist, abgesehen von den erwähnten gesetzlichen Beschränkungen jeder Arbeitszeit, die Frage nach der täglichen Arbeitszeit privatrechtlich ohne Bedeutung; denn ihre Bestimmung ist ja dem Ermessen des Arbeiters überlassen. Eine Zeitbestimmung wird hier häufig nur insofern in Frage kommen, als für die Ablieferung der Arbeit ein bestimmter Termin vereinbart ist. Viel häufiger als diese Verträge sind in der Praxis die Arbeitsverträge, bei welchen dem Arbeiter die Einhaltung einer bestimmten täglichen Arbeitszeit zur Pflicht gemacht ist. Die Festsetzung der täglichen Arbeitszeit ist hier, abgesehen von den erwähnten gesetzlichen Beschränkungen, der Vereinbarung der Parteien durchaus überlassen.[31]) Nach § 134b Z. 1 G.O. müssen die Arbeitsordnungen, welche für Fabriken mit mindestens 20 Arbeitern zu erlassen sind, Bestimmungen über Anfang und Ende der regelmäßigen Arbeitszeit, sowie der für die erwachsenen Arbeiter vorgesehenen Pausen enthalten. Jede die regelmäßige Arbeitszeit überschreitende Arbeit ist Überzeitarbeit.[32]) In anderen Be-

---

30) Ebenso Lotmar S. 477.

31) Es entspricht daher dem wohlverstandenen Interesse der Gesamtheit, wenn der Gesetzgeber auf dem bereits zum Schutz des wirtschaftlich schwächeren Teils eingeschlagenen Weg fortschreitet und der Ausdehnung der täglichen Arbeitszeit in allen Gewerben gewisse Schranken setzt.

32) Läßt der Arbeitgeber am Freitag eine Stunde weniger, am Samstag eine Stunde länger als die regelmäßige Arbeitszeit arbeiten, so ist die letztere Stunde

trieben wird die Länge und Lage der täglichen Arbeitszeit sehr häufig von den Parteien bei Abschluß des Vertrags ausdrücklich festgesetzt. Fehlt eine ausdrückliche Bestimmung, so ist unter Berücksichtigung der in den §§ 157, 242 B.G.B. gegebenen allgemeinen Grundsätze die Frage zu prüfen, ob nicht eine stillschweigend erfolgte Abmachung festzustellen sei. Nach § 612 Abs. 2 B.G.B. ist, falls die Höhe der Vergütung nicht bestimmt ist, bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermanglung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Für die Entscheidung der Frage, welche Vergütung üblich sei, ist nun aber die Arbeitszeit von maßgebender Bedeutung. Der Taglöhner, der 12 Stunden zu arbeiten hat, hat üblicherweise mehr Lohn zu beanspruchen, als derjenige, der nur 8 Stunden zu arbeiten hat. Man wird daher gewiß dem Willen des Gesetzgebers gerecht, wenn man den allgemeinen Satz aufstellt, daß die Parteien, die bei dem Abschluß des Vertrags über die tägliche Arbeitszeit keine besondere Abmachung treffen, eben damit zum Ausdruck bringen wollen, daß hier das in dem betreffenden Gewerbe Übliche als stillschweigend vereinbart gelten solle. Nur wenn die Feststellung eines solchen Herkommens nicht möglich ist, ist ebenso, wie bezüglich der Vergütung, auf den § 316 B.G.B. zurückzugreifen, wonach der Arbeitgeber nach billigem Ermessen die Dauer der täglichen Arbeitszeit zu bestimmen hat.[33]) Da es sich nur um die Auslegung des Vertragswillens handelt, so kann selbstverständlich im einzelnen Fall auch eine Vereinbarung der Parteien, welche mit dem sonst in dem betreffenden Gewerbe üblichen in Widerspruch steht, festzustellen sein.[34]) Über die Frage, was hier üblich ist, wird ein Tarifvertrag stets zuverlässige Auskunft geben; sein Inhalt kann also hier auch für Parteien, die ihm nicht unmittelbar unterstehen, von Bedeutung sein.

Nicht vorhanden ist eine gesetzliche Bestimmung, welche die Annahme rechtfertigen würde, daß als Arbeitszeit auch diejenige Zeit anzusehen sei, welche der Arbeiter gebraucht, um von seiner Wohnung

---

trotzdem eine Überstunde; ein Ineinanderrechnen ist hier nicht möglich ohne Verwischung des Begriffs der Überzeitarbeit.

33) Vgl. Lotmar S. 475; auch G.G. Duisburg im Gew.-G. 5 S. 25; das G.G. Magdeburg im Gew.-G. 4 S. 68 verweist auch auf das Übliche.

34) Der Arbeiter, der längere Zeit widerspruchslos 11 Stunden täglich gearbeitet hat, darf nicht plötzlich erklären, er arbeite bloß noch 10 Stunden, weil diese Arbeitszeit sonst im Gewerbe üblich sei, denn die 11stündige Arbeitszeit ist hier durch das Verhalten des Arbeiters stillschweigend vereinbart.

an die Arbeitsstelle zu kommen.[35]) Dagegen ist selbstverständlich die Zeit, welche der Arbeiter zur Zurücklegung des Wegs von der Arbeitsstelle zu auswärtigen Kunden des Arbeitgebers gebraucht, jedenfalls bei dem Zeitlohnvertrag als Arbeitszeit anzusehen.

Der Arbeiter ist verpflichtet, die Arbeitszeit so, wie sie als vereinbart anzusehen ist, auch wirklich im Interesse des Arbeitgebers zur Arbeit auszunützen. Diese Zeit „gehört" dem Arbeitgeber; der Arbeiter darf daher in ihr weder für sich, noch für einen andern Arbeitgeber tätig sein.[36]) Jede Arbeit, welche der Arbeiter für seinen Arbeitgeber außerhalb dieser regelmäßigen Arbeitszeit verrichtet, ist Überzeitarbeit. Für ihren Begriff ist es wesentlich, daß sie nur ausnahmsweise eintritt;[37]) wo regelmäßig über Zeit gearbeitet wird, ist tatsächlich die regelmäßige Arbeitszeit geändert und die Arbeitsordnung gemäß § 134b Z. 1 G.O. zu ändern.

Die Frage, ob der Arbeiter zur Leistung von Überzeitarbeit verpflichtet sei, ist zu bejahen:[38]) nur darf die Ausnahme nicht zur Regel werden. Es ist im gewerblichen Verkehr allseitig anerkannt, daß der Arbeitgeber ohne die Einlegung von Überstunden ab und zu einfach nicht auskommen kann. Wo daher die Verpflichtung zur Leistung von Überzeitarbeit von den Parteien nicht ausdrücklich bestimmt ist, ist sie gemäß § 157 B.G.B. als stillschweigend vereinbart anzusehen; es ist deshalb bei einer beharrlichen Verweigerung der Leistung von Überzeitarbeit seitens des Arbeiters seine Entlassung nach § 123 Z. 3 G.O. zulässig.

§ 16.

Die Vergütung (der Lohn).

Der gewerbliche Arbeitsvertrag ist regelmäßig ein entgeltlicher Vertrag, ein Dienstvertrag im Sinn des B.G.B.[1]) Der Arbeitgeber ist zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet; statt „Vergütung" sagt die Praxis „Lohn". Eine Vergütung gilt nach § 612 Abs. 1 B.G.B. als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Solche Um-

35) Vgl. Lotmar S. 492.

36) Ebenso Kohler im Archiv für ziv. Praxis B. 84 S. 6 u. 7; vgl. auch Staub Anm. zu § 60 H.G.B.

37) Ebenso Lotmar S. 500.

38) Ebenso G.G. Duisburg im Gew.-G. 5 S. 25; über die Lohnzahlung für Überzeitarbeit vgl. unten S. 96.

1) Vgl. oben §§ 1 u. 2.

stände werden bei der Leistung gewerblicher Arbeit in der Regel zutreffen. Die Frage, ob die Erwartung einer Vergütung gerechtfertigt sei, ist im einzelnen Fall nicht nach den subjektiven Anschauungen einer Partei, sondern rein objektiv nach Lage der Umstände zu entscheiden.[2]) Die Vermutung des § 612 Abs. 1 B.G.B. kann also auch Platz greifen, wenn der Arbeitgeber gar nicht die Absicht hatte, die Arbeit als entgeltliche anzusehen.[3])

Das B.G.B. enthält keine Vorschrift über die Beschaffenheit des vom Arbeitgeber geschuldeten Lohns. Die Parteien können daher nach dem B.G.B. sowohl Geldlohn wie Naturallohn vereinbaren; auch die Leistung an Erfüllungsstatt (§ 363, 364 B.G.B.) ist durch das B.G.B. hier an keine Schranken gebunden. Wohl aber hat der § 115 G.O. hier für den gewerblichen Arbeitsvertrag eine Schranke gesetzt, die nach § 117 G.O. auch durch Vertrag nicht beseitigt werden kann. Nach § 115 Abs. 1 G.O. ist der gewerbliche Arbeitgeber verpflichtet, den Lohn seines Arbeiters in Reichswährung zu berechnen und bar auszuzahlen. Der Abs. 2 des § 115 G.O. gibt neben dem Verbot der Warenkreditierung eine Ausnahmebestimmung, wonach in gewissen Fällen andere Reichungen statt der ursprünglich geschuldeten Geldzahlung als Leistungen an Erfüllungsstatt zulässig sind.

Es ist nun zuvörderst darauf hinzuweisen, daß der § 115 Abs. 1 G.O., wie sich aus den im Abs. 2 genannten und formulierten Ausnahmen und dem § 116 G.O. ergibt, auf den primär vereinbarten Naturallohn sich nicht bezieht.[4]) Der § 115 G.O. will verhindern, daß dem Arbeiter an Stelle der ihm ursprünglich versprochenen Geldleistung eine Leistung anderer Art zukomme; er bezieht sich nur auf Geldlöhne und will den Parteien bezüglich der Frage, welcher Lohn, Geldlohn oder Naturallohn, vereinbart werden solle, keine Vorschrift machen.[5]) Nur wenn Geldlohn vereinbart ist, greifen § 115—119 G.O. Platz. Dies wird in der Praxis wohl allseitig anerkannt, denn die Naturallöhne,[6]) welche in vielen Ge-

---

[2]) Ebenso Planck B. II S. 353; Oertmann S. 333; Lotmar S. 127.

[3]) Ebenso Hachenburg in den bad. Annalen Jahrg. 64 S. 169; die Geltendmachung eines Irrtums seitens des Arbeitgebers ist also ausgeschlossen (vgl. Crome, die part. Rechtsgesch. S. 171). Besonders zugesagte Gratifikationen (Weihnachtsgeschenke) sind Teile des Lohns, nicht Geschenke; die Formvorschrift des § 518 B.G.B. kommt hier also nicht zur Anwendung; ebenso Staub Anm. 24 zu § 59 H.G.B.; Unger Nr. 21.

[4]) Ebenso Lotmar S. 676 ff.

[5]) Ebenso Lotmar S. 678.

[6]) Über die Naturallöhne im allgemeinen vgl. die eingehenden Untersuchungen von Lotmar S. 654.

werben, z. B. bei den Bäckern, Fleischern, Wirten, Schuhmachern, Schneidern, in der Form der sog. freien Station gewährt werden, sind von ihr nicht beanstandet worden.

Im Rahmen dieser Schrift kann eine erschöpfende Erörterung der §§ 115—119 G.O., welche sich bekanntlich gegen das sog. Trucksystem wenden, nicht gegeben werden;[7]) vielmehr soll hier nur ihr Verhältnis zu den Bestimmungen des B.G.B. untersucht werden.

Es wird allerseits anerkannt, daß der erste Absatz des § 115 G.O. durch das B.G.B. nicht aufgehoben worden ist. Dagegen sind bezüglich des zweiten Absatzes die Meinungen geteilt. Bald wird die Behauptung aufgestellt,[8]) der zweite und dritte Satz des zweiten Absatzes sei durch das Aufrechnungsverbot des § 394 B.G.B. aufgehoben worden. Bald wird die Ansicht vertreten,[9]) der erste Satz des zweiten Absatzes sei durch das Aufrechnungsverbot des § 394 B.G.B. gegenstandslos geworden, der zweite und dritte Satz seien aber durch § 394 B.G.B. insoweit beseitigt, als es sich um Aufrechnung handle, während sie in Kraft bleiben insoweit, als es sich um Leistung an Erfüllungsstatt handle. Beide Meinungen können nicht als richtig anerkannt werden. Vielmehr ist anzunehmen, daß der ganze zweite Absatz des § 115 G.O. neben dem B.G.B. in Kraft geblieben ist.[10]) Der Gesetzgeber hat eine Bestimmung, durch welche der zweite Absatz des § 115 G.O. expressis verbis aufgehoben würde, nicht erlassen. Es kann also nur die Frage aufgeworfen werden, ob sich seine ganze oder teilweise Aufhebung nicht aus dem hier allein in Betracht kommenden § 394 B.G.B. ergebe (Art. 32 E.G. zum B.G.B.): diese Frage ist zu verneinen.

Was zunächst den ersten Satz des zweiten Absatzes („Sie dürfen den Arbeitern keine Waren kreditieren“) betrifft, so ging der Gesetzgeber hier offensichtlich davon aus, daß gegen die Lohnforderung die Forderung auf Bezahlung des Kaufpreises für die kreditierte Ware[11]) an

[7]) Über die geschichtliche Entwicklung dieser Vorschriften vgl. Neukamp im Verwaltungsarchiv B. 5 S. 244 ff., im übrigen s. die Kommentare zur G.O.: Mandry-Geib S. 434 ff.; Dernburg II 2 S. 403; Sinzheimer, Lohn u. Aufrechnung S. 7 ff.

[8]) So Stadthagen S. 142, 146.

[9]) So Neukamp im Verwaltungsarchiv B. 5 a. a. O.

[10]) Ebenso Sinzheimer a. a. O. S. 47, Lotmar S. 417; beide aber mit unter sich verschiedener und auch mit der hier vertretenen Ansicht sich nicht deckender Begründung; ferner Burchardt S. 28; Köhne, die Arbeitsordnungen S. 191; Prenner S. 18 u. 27.

[11]) Sinzheimer S. 10 ff. u. S. 47, 48 ist der Meinung, daß eine Aufrechnung hier gar nicht in Frage kommen könne, denn der Arbeitgeber habe gegen den Arbeiter wegen Nichtigkeit des Kreditgeschäfts keine Kaufpreisforderung, sondern nur

sich aufgerechnet werden und so ohne ein gesetzliches Verbot der Erfolg der verpönten Leistung an Erfüllungsstatt auf dem Umweg der Kreditierung und Kompensation erreicht werden könne.[12]) Der Gesetzgeber hat in diesem ersten Satz kein Kompensationsverbot, sondern ein Verbot der Warenkreditierung gegeben, um dem Arbeitgeber u. a. die Möglichkeit der Aufrechnung von vornherein abzuschneiden. Das Aufrechnungsverbot ist erst im § 118 G.O. enthalten; es ist dort aber auch weiterhin gesagt, daß der Arbeitgeber die Forderung für die kreditierten Waren auch nicht einklagen oder sonst geltend machen könne. Dies kann er nicht, weil eben das Verbot des ersten Satzes des zweiten Absatzes des § 115 G.O. besteht. Es wäre also jedenfalls unrichtig, wenn man ganz allgemein sagen wollte, dieser erste Satz sei durch § 394 B.G.B. gegenstandslos geworden; man könnte vielmehr nur etwa sagen, er sei gegenstandslos geworden insoweit, als Aufrechnung in Frage komme. Aber auch dies wäre nicht richtig, denn der § 394 B.G.B. hat die Aufrechnung gegen die Lohnforderung nur in beschränktem Maß ausgeschlossen, nämlich nur insoweit, als die Lohnforderung der Pfändung nicht unterworfen ist.[13]) Die Lohnforderung des Arbeiters ist pfändbar, wenn er z. B. seinen fälligen Lohn am Zahltag nicht einverlangt hat. Der Arbeitgeber kann also an sich nach § 394 B.G.B. in diesem Fall auch eine Forderung aus Warenkredit gegen die Lohnforderung des Arbeiters aufrechnen. Dieses Ergebnis entspricht dem Willen des Gesetzgebers sicher nicht; der Gesetzgeber hätte, wenn er eine so einschneidende Änderung des § 115 Abs. 2, vgl. mit § 118 G.O. herbeiführen wollte, dies ganz gewiß gesagt.[14]) Es ist deshalb anzunehmen, daß der erste Satz des § 115 Abs. 2 G.O. in Kraft geblieben ist und daß er insoweit, als die Aufrechnung nach § 394 B.G.B. ausgeschlossen ist, von diesem § 394 lediglich bestätigt worden ist.

Der zweite und dritte Satz des § 115 Abs. 2 G.O. sind in Kraft geblieben, weil hier gar keine Aufrechnung, sondern lediglich eine vom

einen Bereicherungsanspruch, den er nach § 118 G.O. zu Gunsten eines Dritten verwirkt habe, es handle sich also hier nicht um ein Verbot der Aufrechnung. Gegen die Annahme, daß dem Arbeitgeber hier nur ein Bereicherungsanspruch zustehe, spricht die Fassung des § 118 G.O. (vgl. Sigel im Gew.-G. 7 S. 196 und Lotmar S. 415), der freilich Mangel an zivilistischer Schulung beweist, aber eben einmal vorhanden ist; gegen Sinzheimer s. im übrigen die Ausführungen im Text.

12) Ebenso Lotmar S. 415.

13) Vgl. hierüber unten § 17.

14) Vgl. auch die vom Regierungsvertreter v. Schicker im Reichstag abgegebenen Erklärungen (Prot. v. 1899 S. 2977).

Gesetzgeber an Stelle der normalen Barzahlung ausnahmsweise zugelassene Leistung an Erfüllungsstatt in Frage kommt.[15]) Es ist nicht zu bestreiten, daß bei den in den beiden Sätzen genannten Reichungen der Umweg über die Aufrechnung gemacht werden kann.[16]) Aber dieser Umweg ist nicht geboten, denn es ist ebensowenig zu bestreiten, daß die an Stelle der Lohnzahlung zugelassenen Ersatzleistungen auch lediglich als Leistungen an Erfüllungsstatt konstruiert werden können. Nach der Einleitung des zweiten Satzes („doch ist es gestattet") hat es freilich den Anschein, als ob es sich hier nur um Ausnahmen von dem Verbot der Warenkreditierung handle. Dieses Verbot hat aber, wie bereits oben ausgeführt worden ist, hauptsächlich den Zweck, die Möglichkeit der Aufrechnung abzuschneiden. Man möchte daher vielleicht geneigt sein, zu sagen, die Aufrechnung müsse nach dem Willen des Gesetzgebers in denjenigen Fällen zulässig sein, in denen er die Möglichkeit der Aufrechnung ausdrücklich eröffne. Nun nennen aber die beiden Sätze eine Reihe von Leistungen, die niemals als Kreditierung von „Waren" angesehen werden können. Es ist also zum mindesten anzuerkennen, daß es sich hier nicht bloß um Ausnahmen von dem Warenkreditierungsverbot, sondern auch um Ausnahmen von dem Barzahlungsgebot des § 115 Abs. 1, also jedenfalls auch um die Zulassung der Leistung an Erfüllungsstatt, handelt.[17]) Die Worte: „unter Anrechnung bei der Lohnzahlung" können hier ohne jeden Zwang dahin ausgelegt werden, daß der Gesetzgeber

---

15) Ebenso Burchardt S. 28; auch Mandry-Geib S. 435.

16) Sinzheimer S. 13 u. Lotmar S. 416 nehmen an, daß es sich bei den Ausnahmen der beiden Sätze zum Teil um Aufrechnung, zum Teil um Leistung an Erfüllungsstatt handle. Sinzheimer S. 47 bezeichnet sie als reichsrechtliche Ausnahmen von dem durch § 394 B.G.B. gegebenen Verbot der Aufrechnung. Lotmar S. 411 ff. ist anders als Sinzheimer der Ansicht, daß schon der § 115 Abs. 1 ein weiter gehendes Aufrechnungsverbot als § 394 B.G.B. enthalte und daß die vom Abs. 2 zugelassenen Ausnahmen als spezialrechtliche Ausnahmen von dem spezialrechtlichen Aufrechnungsverbot des § 115 Abs. 1 von dem „Generalrecht" des B.G.B. nicht berührt werden.

17) So Neukamp a. a. O.; Lotmar a. a. O.; Sinzheimer a. a. O.; Landmann Anm. 4 zu § 115 G.O.; Schenkel Anm. 13 zu § 115 G.O. Neukamp ist der Ansicht, daß die im zweiten und dritten Satz des § 115 G.O. zugelassenen Ausnahmen von dem Verbot der Aufrechnung mit Forderungen aus Warenkreditierungen durch das Aufrechnungsverbot des § 394 B.G.B. aufgehoben seien. Er befindet sich mit dieser Ansicht in Übereinstimmung mit Lotmar S. 419, der ausführt, daß diejenigen, welche ein Aufrechnungsverbot nicht schon im § 115 Abs. 1 G.O. sehen, die Unzulässigkeit der Aufrechnung mit Forderungen aus Warenkreditierung nach § 394 B.G.B. annehmen müssen, weil es sich in diesem Fall nicht um spezialrechtliche Ausnahmen von einem spezialrechtlich bereits bestehenden Aufrechnungsverbot handle.

damit, zivilrechtlich allerdings nicht präzis, den Tilgungsmodus der Leistung an Erfüllungsstatt zulassen wollte.[18]) Bei dieser Sachlage wird man gut daran tun, wenn man dem ganz ungeschickt gefassten Eingang des zweiten Satzes des § 115 Abs. 2 G.O. lediglich keine maßgebende Bedeutung für die Entscheidung der hier interessierenden Frage beimißt. Man muß nun aber noch einen Schritt weiter gehen und sagen, daß die beiden in Frage stehenden Sätze des § 115 Abs. 2 G.O. mit der Aufrechnung überhaupt nichts zu tun haben, sondern sich lediglich auf die Leistung an Erfüllungsstatt beziehen. In Theorie und Praxis, insbesondere in der Praxis der deutschen Gewerbegerichte ist es fast allseitig anerkannt worden, daß der § 115 Abs. 1 G.O. die Aufrechnung gegen die Lohnforderung nicht ausschließt, daß diese Aufrechnung also jedenfalls bis zum 1. Januar 1900 durchaus zulässig war.[19]) Die Richtigkeit dieser Ansicht geht nicht bloß aus der Entstehungsgeschichte des § 115 G.O.,[20]) sondern auch aus den §§ 116, 118 G.O. hervor. Der § 116 versagt dem Arbeitgeber ausdrücklich eine Einrede „aus dem an Zahlungsstatt Gegebenen"; von der Aufrechnung spricht er nicht. Der § 118 G.O. verbietet aber die Aufrechnung mit Forderungen aus Warenkreditierung, wenn er auch, wiederum unpräziserweise, von „Anrechnung" spricht. Anrechnung einer Gegenforderung auf eine Forderung ist eben Aufrechnung. Welchen Anlaß hatte denn der Gesetzgeber, die Aufrechnung hier ausdrücklich zu verbieten, wenn sie schon durch § 115 Abs. 1 G.O. verboten ist? Darauf gibt es nur eine Antwort: er hat sie hier verboten, weil sie sonst zulässig war. Hat der Gesetsgeber die Aufrechnung, abgesehen von dem Ausnahmefall des § 118 G.O., für zulässig erachtet, so hatte er auch gar keinen Anlaß, sie im zweiten und dritten Satz des § 115 Abs. 2 G.O. noch einmal besonders einzuräumen. Daraus ist zu folgern, daß diese beiden Sätze, die ihrem Wortlaut nach keineswegs zu der Konstruktion der Aufrechnung nötigen, sich auf sie auch

---

18) Ebenso Lotmar S. 680.

19) Ebenso z. B. Landmann Anm. 2h zu § 115 G.O.; Schenkel Anm. 11 zu § 115; Nelken S. 514; Schicker Anm. 5 Abs. 4 zu § 115; Sinzheimer a. a. O. S. 8: aus der Rechtspr. vgl. z. B. Unger Nr. 31; G.G. Mainz im Gew.-G. 5 S. 9; R.G. in Str.-S. (3. Senat) bei Reger B. 4 S. 278 u. in C.S. (1. Senat) daselbst Erg.-Bd. 1 S. 44. Der 1. Strafsenat des R.G. hat seine abweichende Ansicht (Entsch. in Str.S. B. 26 S. 208) nachträglich erheblich modifiziert (Entsch. in Str.-S. B. 29 S. 95). A. M. wie hier Soetbeer im Gew.-G. 2 S. 34; Dernburg, preuß. Privatrecht B. II § 109 bei Note 10 und neuerdings wieder Lotmar S. 411 ff.

20) Vgl. die stenogr. Berichte des Bundestags v. 1869 B. I S. 612, II S. 1106 u. des Reichstags v. 1891 S. 1686, 1699, 2769.

gar nicht beziehen, sondern lediglich Ausnahmen von dem im § 115 Abs. 1 G.O. enthaltenen Verbot der Leistung an Erfüllungsstatt statuieren. Diese beiden Sätze sind somit durch den § 394 B.G.B., der sich nur auf die Aufrechnung, nicht auf die Leistung an Erfüllungsstatt bezieht, in keiner Weise geändert. Freilich wäre es sehr zu wünschen, daß der Gesetzgeber in den §§ 115 ff. G.O. zwischen der unmittelbar solutorisch wirkenden Leistung an Erfüllungsstatt und dem Erfüllungssurrogat der Aufrechnung präziser unterscheiden und damit den Anforderungen zivilistischer Schulung, die man an ein in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten anzuwendendes Gesetz stellen muß, besser genügen möchte.

Für die Höhe des Lohns ist natürlich in erster Linie die Vereinbarung der Parteien maßgebend;[21]) diese Vereinbarung kann auch stillschweigend erfolgen. Dies ist z. B. anzunehmen, wenn der Arbeiter auf das Lohnangebot des Arbeitgebers hin widerspruchslos die Arbeit aufnimmt: durch die Aufnahme der Arbeit hat er sein Einverständnis mit dem Angebot bekundet. Ebenso ist eine stillschweigende Vereinbarung über die Höhe des Lohns, die beide Teile bindet, in der vom Arbeiter nicht beanstandeten Festsetzung des Lohns am ersten Zahltag zu erblicken.[22]) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist nach § 612 Abs. 2 B.G.B. bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermanglung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Unter Taxen sind, wie aus der Entstehungsgeschichte des § 612 B.G.B. hervorgeht,[23]) nur obrigkeitliche Taxen, also nicht z. B. die Sätze eines Tarifvertrags, gemeint.[24]) Als übliche Vergütung kann nicht der ortsübliche Taglohn im Sinn des § 8 des Krankenversicherungsgesetzes angesehen werden. Vielmehr ist der übliche Lohn der Lohn, der in dem betreffenden Gewerbe bei Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Parteien ortsüblicherweise bezahlt wird.[25])

21) Über die Anwendbarkeit des § 138 Abs. 2 B.G.B. (Hungerlöhne) vgl. oben S. 48.

22) Ebenso A.G. Neuß im Gew.-G. 7 S. 15.

23) Vgl. Mot. II S. 460, wo ausdrücklich nur von obrigkeitlichen Taxen die Rede ist.

24) Ebenso Oertmann Anm. zu § 612 B.G.B.; Staudinger Anm. 3 zu § 612; a. M. Lotmar S. 134 u. im Archiv für soz. Gesetzg. u. Stat. B. 15 S. 99. Selbstverständlich bilden aber Tarifverträge eine sehr bedeutsame Erkenntnisquelle für den Richter bei Feststellung des „üblichen“ Lohns (ebenso G.G. Kiel im Gew.-G. 8 S. 57). Die Unterscheidung ist somit praktisch von keiner großen Bedeutung. Über Minimallöhne vgl. Zwiedinek-Südenhorst, Lohnpolitik u. Lohntheorie mit besonderer Berücksichtigung des Minimallohns.

25) Ebenso v. Schulz im Archiv für soz. Gesetzg. u. Stat. B. 13 S. 395.

Läßt sich ein üblicher Lohn nicht feststellen, so gibt der § 316 B.G.B. das letzte Auskunftsmittel;[26]) hiernach hat der Arbeiter, nicht der Arbeitgeber die Höhe des Lohns zu bestimmen. Seine Bestimmung, die der Richter im Streitfall nachzuprüfen hat, muß aber nach § 315 B.G.B. billigem Ermessen entsprechen.[27])

Zu einer einseitigen Herabsetzung des einmal bestimmten Lohns ist der Arbeitgeber nicht berechtigt,[28]) denn er ist an die Vereinbarung gerade so gebunden wie der Arbeiter. Erhebt daher der Arbeiter auf die Mitteilung einer Lohnreduktion Widerspruch gegen dieselbe und reicht er gleichzeitig die ordnungsmäßige Kündigung ein, so muß ihm bis zu seinem Austritt der frühere Lohn bezahlt werden. Erhebt er Widerspruch, ohne zu kündigen, so muß der Arbeitgeber, wenn er den früheren Lohn nicht mehr bezahlen will, ordnungsmäßig kündigen. Erhebt der Arbeiter nicht sofort Widerspruch gegen die geplante Lohnreduktion, so ist sein Einverständnis mit der Lohnreduktion anzunehmen.[29])

Darauf, daß die Länge der täglichen Arbeitszeit auch auf die Höhe des Lohns von Einfluß ist, ist bereits in § 15 hingewiesen. Es ist dort[30]) auch ausgeführt worden, daß der Arbeiter zur Leistung von Überzeitarbeit in Ausnahmefällen verpflichtet ist. Es ist hier nunmehr noch die Frage zu untersuchen, ob der Arbeiter für die Leistung von Überzeitarbeit einen besonderen Lohnzuschlag zu beanspruchen habe. Diese Frage ist je nach der Art des gewerblichen Arbeitsvertrags verschieden zu beantworten. Ist über diese Frage eine ausdrückliche Bestimmung, z. B. in der Arbeitsordnung, vorhanden, so ist natürlich diese maßgebend. Fehlt eine solche, so ist folgendermaßen zu unterscheiden:

Dem Wesen des Akkordlohnvertrags widerspricht an sich die Zahlung eines Lohnzuschlags für Überstunden, denn der Lohn des Akkordarbeiters wächst ja ohnedies mit der Verlängerung der Arbeitszeit, sofern sein Fleiß nicht erlahmt. Trotzdem wird erfahrungsmäßig in der Praxis vielfach auch ohne eine ausdrückliche Bestimmung in solchen Fällen

---

26) Ebenso Planck Anm. 4 zu § 612 B.G.B.; Dernburg II 2 S. 87; Cosack § 443 zu Anm. 22; Lotmar S. 134; Crome, System II S. 646; vgl. auch Hachenburg in den bad. Annalen B. 64 S. 170.

27) Vgl. Crome, System II S. 43.

28) Ebenso Nelken S. 799, der sogar einen vom Arbeitgeber in seiner Arbeitsordnung gemachten Vorbehalt der freien Lohnreduktion als gegen die guten Sitten verstoßend und darum unzulässig ansieht; ferner Schenkel Anm. 4 zu § 134b G.O.; Köhne, die Arbeitsordnungen S. 194.

29) Ebenso Lotmar S. 120.

30) Vgl. S. 89.

neben dem Akkordlohn noch eine besondere Vergütung für die Überstunden bezahlt; diese besondere Vergütung stellt sich dann als ein Zuschlag zu dem in der Überzeit verdienten Akkordlohn dar. Ist die Bezahlung eines solchen Zuschlags in einem Gewerbe auch bei Akkordarbeit üblich, so ist gemäß § 612 Abs. 2 B.G.B. anzunehmen, daß er als vereinbart anzusehen sei. Ist die Bezahlung eines Lohnzuschlags für Überzeitarbeit bei Akkordlohn weder bestimmt noch üblich, so hat der Arbeiter bloß seinen verdienten Akkordlohn zu verlangen.

Bei dem Zeitlohnvertrag ist zu unterscheiden, ob der für eine bestimmte Zeiteinheit festgesetzte Lohn den Charakter eines festen Bezugs, einer Pauschalvergütung für einen gewissen Zeitraum darstelle oder nicht. Feste Bezüge sind die Vergütungen der Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker u. s. w. im Sinn des § 133a G.O. Ihre Höhe ist ein für allemal im voraus fest beziffert und richtet sich nicht nach der Dauer der täglichen Arbeitszeit; einen Lohnzuschlag kann hier also der Angestellte nicht verlangen, wenn er auch einmal ausnahmsweise länger arbeiten muß als sonst. Auch Tag- und Wochenlohn, d. h. der für einen Arbeitstag oder eine Arbeitswoche festgesetzte Lohn,[31]) können feste Bezüge sein.[32]) Dagegen ist der Stundenlohn niemals ein fester Bezug,[33]) denn der Arbeitstag ist praktisch der kleinste Zeitraum, innerhalb dessen ein Spielraum für die längere oder kürzere Arbeitszeit besteht. Die Parteien bringen gerade dadurch, daß sie Stundenlohn vereinbaren, zum Ausdruck, daß nur die tatsächlich zur Arbeit ausgenützten Stunden zu vergüten seien. Der Taglöhner hat gerade so nur einen Lohnanspruch für den zur Arbeit ausgenützten Arbeitstag; die Arbeitszeit kann aber an den einzelnen Arbeitstagen eine verschiedene sein. Sein Taglohn kann daher die Pauschalvergütung für die an einem Arbeitstag vollbrachte Tätigkeit ohne Rücksicht auf ihre Dauer sein; er kann aber auch als Vergütung für die Ausnützung eines innerhalb eines Arbeitstags liegenden bestimmten Zeitraums zur Arbeit erscheinen. Ebenso kann der Wochenlohn ein fester Bezug sein; er muß es aber nicht sein. Das ausschlaggebende Merkmal für die Entscheidung ist der im einzelnen Fall festzustellende Vertragswille der Parteien.[34]) Eine ausdrückliche gesetzliche

---

[31]) Vgl. Lotmar S. 351.

[32]) Ebenso Nelken S. 738.

[33]) Ebenso G.G. Delmenhorst im Gew.-G. 8, 37 u. bei Rohrscheidt 2, 346.

[34]) Von diesem Gedanken ist offenbar auch das G.G. Berlin bei Unger Nr. 22, 2 beherrscht, wenn es sagt, es sei zu unterscheiden, ob der Wochenlohn Pauschquantum oder bloß wöchentlich nach Berechnung der Arbeitszeit zahlbar sei.

Bestimmung über die Frage, welche Löhne als feste Bezüge anzusehen seien, besteht nicht; es ist daher lediglich der Vertragswille maßgebend. Bei seiner Ermittlung wird man von folgenden Erwägungen ausgehen dürfen: Ist für den Arbeiter eine genau bestimmte Arbeitszeit innerhalb des einzelnen Tags festgesetzt, so wollen die Parteien offenbar, daß der Tag- oder Wochenlohn nur bei Ausnützung dieser Zeit zur Arbeit zu bezahlen sei. Der Arbeitgeber muß hier also die Überstunden besonders vergüten;[35]) er darf aber auch bei einem Arbeitsausfall den Lohn reduzieren, falls er nicht etwa aus anderweitigen Gründen zur ungeschmälerten Zahlung des Lohns verpflichtet ist (vgl. § 616 B.G.B.). Ist eine bestimmte Arbeitszeit nicht ausdrücklich festgesetzt, so ist zu prüfen, ob nicht eine stillschweigende Vereinbarung hierüber festzustellen sei. Zutreffendenfalls ist in gleicher Weise zu entscheiden.[36]) Ist dagegen eine bestimmte Arbeitszeit für den Tag weder ausdrücklich festgesetzt, noch stillschweigend vereinbart worden, so ist anzunehmen, daß der Tag- oder Wochenlohn von den Parteien als Vergütung für die gesamte, an einem Arbeitstag bezw. in einer Arbeitswoche entwickelte Tätigkeit gemeint ist, ohne Rücksicht darauf, welche Zeit sie an dem einzelnen Tag in Anspruch nimmt.[37]) Von Überzeitarbeit kann daher hier gar nicht gesprochen werden.[38]) Die Parteien bekunden es gerade dadurch, daß sie

---

35) Ebenso G.G. Berlin bei Unger Nr. 22, 1, wo ausdrücklich bei Verneinung der Vergütungspflicht für Überstunden der Fall, wenn eine Arbeitszeit festgesetzt ist, ausgenommen ist. Der Ansicht des G.G. Königsberg im Gew.-G. 1 S. 99, das dem im Wochenlohn stehenden Bäckergesellen zwar das Recht zuspricht, gesetzlich unzulässige Überzeitarbeit zu verweigern, ihm aber für die dem Gesetz zuwider geleistete Überzeitarbeit keine Zulage gibt, kann nicht beigetreten werden. Die Arbeitszeit ist hier gesetzlich bestimmt; gesetzlich verbotene Überstunden sind daher besonders zu vergüten.

36) Vgl. G.G. Magdeburg im Gew.-G. 3 S. 68.

37) Ebenso G.G. Berlin bei Unger Nr. 22, 1 u. Nr. 137; G.G. Delmenhorst im Gew.G. 8, 38; vgl. auch Burchardt S. 43. Das Reichsversicherungsamt in der Zeitschr. für Arbeiterversicherung Jahrg. 14 S. 54 schließt für die Bestimmung des Wochenlohns als eines festen Bezugs rückwärts aus der Frage, ob bei ausnahmsweise eintretender Verlängerung oder Verkürzung der Arbeit Zulagen bezahlt, bezw. Abzüge gemacht werden oder nicht. Dieser Schluß ist juristisch nicht richtig; denn die erste Frage ist, ob der Arbeitgeber hier Zulagen bezahlen muß bezw. Abzüge machen darf. Wenn er, ohne eine Verpflichtung anzuerkennen, vielleicht aus humanitären Gründen eine Zulage bezahlt oder keinen Abzug macht, so kann hieraus doch wohl nicht auf den rechtlichen Charakter des Wochenlohns geschlossen werden. Und wie soll entschieden werden, wenn er dies das einemal tut, das andere nicht?

38) Arbeiter, die je nach Bedarf länger oder kürzer zu arbeiten haben, wie Hausknechte, Ausläufer u. s. w., haben deshalb niemals Überstunden.

keine bestimmte Arbeitszeit festsetzen, als ihre Willensmeinung, daß die Höhe des Lohns von der mehr oder weniger langen Dauer der täglichen Arbeitszeit nicht abhängen solle.[39])

Eine in der Praxis sehr häufig zu beantwortende Frage ist in diesem Zusammenhang auch zu behandeln, da für sie ebenso wie bei der Frage der Überzeitarbeit der Charakter des Lohns als fester oder variabler Bezug ausschlaggebend ist. Es ist die Frage, ob der Lohn auch für gesetzliche Feiertage zu bezahlen sei. An diesen Tagen darf nach § 105 a ff. G.O. wenigstens für die Regel nicht gearbeitet werden; die Arbeitsleistung wird infolge eines Umstands, den keiner von beiden Teilen zu vertreten hat, unmöglich. Der Arbeiter hat also an sich nach § 323 B.G.B. keinen Lohnanspruch. Dieser Satz gilt für den Akkordarbeiter und den Zeitlohnarbeiter, dessen Lohn nicht ein fester Bezug ist, ohne Ausnahme, falls die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben. Ist der Wochenlohn kein fester Bezug, worüber nach den oben dargestellten Grundsätzen zu entscheiden ist, so ist ein Abzug für den gesetzlichen Feiertag gerechtfertigt. Hat der Lohn dagegen den Charakter eines festen Bezugs, so darf ein solcher Abzug nicht gemacht werden,[40]) denn hier ist eine stillschweigend erfolgte Abänderung der dispositiven Regel des § 323 B.G.B. anzunehmen. Der Lohn soll hier nach dem Willen der Parteien die Pauschalvergütung für eine gewisse Zeit ohne Rücksicht auf die längere oder kürzere Dauer der Arbeit sein. Eine Ausnahme ist aber für den als fester Bezug auftretenden Taglohn zu machen. Der Taglohn ist nach dem Willen der Parteien hier die Pauschalvergütung für einen einzelnen Arbeitstag. Wenn man daher annehmen wollte, er sei auch für den gesetzlichen Feiertag, also für einen Tag, an dem nicht gearbeitet wird, zu bezahlen, so würde man den Parteiwillen vergewaltigen. Der Arbeitstag ist hier die maßgebende Zeiteinheit, innerhalb welcher der Ausdehnung der Arbeitszeit freier Spielraum gewährt wird. Dagegen entfällt bei Wochen- und Monatlohn der einzelne gesetzliche Feiertag nicht aus dem Spielraum, der für die Ausdehnung der Arbeitszeit besteht. Allseitig anerkannt wird, daß den Beamten im Sinn des § 133 a G.O. ein Abzug am Lohn wegen eines gesetzlichen Feiertags nicht gemacht werden darf.

Die Zahlungszeit ist bereits oben in der Lehre vom Verzug erörtert

---

39) Einen gewissen Schutz gewähren § 138 Abs. 2 B.G.B. u. § 120 a Abs. 1 G.O. (s. o. S. 47 u. 87).

40) Ebenso die Praxis, vgl. z. B. G.G. u. L.G. Berlin bei Unger Nr. 24 u. 142; ferner Burchardt S. 43; Prenner S. 49.

worden (vgl. § 14). Über den Zahlungsort ist noch folgendes zu bemerken: Die Lohnschuld ist insolange, als das Arbeitsverhältnis besteht, eine Holschuld, sofern der Arbeiter am Ort der Niederlassung des Arbeitgebers beschäftigt wird. Dies ist im gewerblichen Leben so allgemein üblich, daß das Bestehen einer tacita lex contractus anzunehmen ist. Ist das Arbeitsverhältnis dagegen gelöst worden, so greift die im Zweifel maßgebende Regel des § 270 B.G.B. Platz, wonach der Schuldner Geld auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln hat.[41]) Wie aus § 270 Abs. 4 B.G.B. sich ergibt, wird durch § 270 aber die Frage, wo der Leistungsort sei, nicht berührt.[42]) Die Beantwortung dieser Frage ist vielmehr dem § 269 B.G.B. zu entnehmen. Da die Lohnschuld eine im Gewerbebetrieb des Arbeitgebers entstandene Verbindlichkeit ist, so hat der Arbeitgeber jedenfalls dann, wenn der Arbeiter am Ort der gewerblichen Niederlassung des Arbeitgebers beschäftigt worden ist, am Ort dieser Niederlassung Erfüllung der Lohnschuld zu leisten. Wird der Arbeiter auswärts beschäftigt,[43]) so wird man häufig, zumal man, wenn der Lohn tatsächlich schon an dem auswärtigen Arbeitsort direkt ausbezahlt worden ist,[44]) festzustellen haben, daß nach dem Willen der Parteien der Leistungsort für beide Teile bis zur Lösung des Arbeitsverhältnisses am Arbeitsort sei. Nach § 115a G.O. dürfen Lohn- und Abschlagszahlungen in Gast- und Schankwirtschaften nicht ohne Genehmigung der untern Verwaltungsbehörde erfolgen. Der dieser Vorschrift zuwiderhandelnde Arbeitgeber ist nach § 148 Z. 13 G.O. strafbar; die Zahlung ist aber zivilrechtlich gültig.[45])

Nach § 368 B.G.B. muß der Arbeiter gegen Empfang seines Lohns auf Verlangen des Arbeitgebers ein schriftliches Empfangsbekenntnis (Quittung) erteilen. Selbstverständlich ist er aber nicht verpflichtet, ein Schriftstück, das nicht bloß ein einfaches Empfangsbekenntnis, sondern, wie es hin und wieder in der Praxis vorkommt, auch noch eine aus-

[41]) Ebenso Stadthagen S. 153; wenn die Lohnschuld während der Dauer des Arbeitsverhältnisses Holschuld ist, kann der 3. Absatz des § 270 B.G.B. nicht anwendbar werden, denn die Frage, wo der Arbeiter bei Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte, ist hier ja unerheblich. Wie im Text auch Staub Anm. 7 zu § 64 H.G.B.

[42]) Diese Frage ist für den gewerblichen Arbeitsvertrag von großer Bedeutung, weil für die örtliche Zuständigkeit des Gewerbegerichts nach § 27 Gewerbegerichtsgesetzes der Gerichtsstand des Erfüllungsorts neben dem des Wohnsitzes bezw. der gewerblichen Niederlassung des Arbeitgebers maßgebend ist.

[43]) Der Bauunternehmer führt z. B. auswärts einen Bau auf.

[44]) Vgl. Crome, System II S. 103 Anm. 3.

[45]) Ebenso Nelken S. 529; vgl. oben S. 40.

drückliche Erklärung des Verzichts auf weitere Ansprüche enthält, zu unterschreiben.

Nimmt der Arbeiter eine Lohnzahlung widerspruchslos an, so kann hierin ein Verzicht auf Erhebung etwaiger Nachforderungen gesehen werden; die Annahme des Verzichtwillens ist aber keineswegs in allen Fällen geboten.[46]) Die Frage ist nur im einzelnen Fall im Weg der Willensauslegung zu beantworten.[47]) Der Arbeiter weiß sehr häufig gar nicht, welche Rechte ihm gegenüber seinem Arbeitgeber zustehen. Wenn er in einem solchen Fall auf Grund einer später eingeholten Erkundigung eine Nachforderung erhebt, so ist die Annahme, daß er auf die Erhebung dieser Nachforderung durch die vorbehaltlose Annahme der vorangegangenen Lohnzahlung verzichtet habe, nicht begründet, denn die Umstände deuten hier in keiner Weise auf das Vorhandensein des Verzichtwillens;[48]) solange der Arbeiter noch gar nicht weiß, daß ihm noch Ansprüche gegen seinen Arbeitgeber zustehen, kann man logischerweise auch nicht sagen, daß er auf die Geltendmachung solcher Ansprüche habe verzichten wollen.

Nach § 362 Abs. 1 B.G.B. erlischt das Schuldverhältnis, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Damit ist aber, wie schon aus dem 2. Absatz hervorgeht, nicht gesagt, daß die Leistung nicht auch gültig an einen Dritten bewirkt werden kann; der Lohn kann also auch an einen Inkassobevollmächtigten des Arbeiters bezahlt werden (vgl. auch § 370 B.G.B.);[49]) die Zahlung an einen Dritten kann auch durch nachträgliche Genehmigung des Arbeiters nach § 185 B.G.B. als rechtsgültig erfolgt anzusehen sein. Im ersteren Fall ist aber stets die Frage zu prüfen, ob der Inkassobevollmächtigte nicht tatsächlich der Cessionar des Arbeiters ist. Ist diese Frage zu bejahen, so ist die Vollmachterteilung ein Rechtsgeschäft, das nach § 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes ohne rechtliche Wirkung ist.[50])

Fraglich ist, ob dem Arbeiter bis zur Zahlung des fälligen Lohns das Zurückbehaltungsrecht des § 273 B.G.B. an den ihm vom Arbeitgeber zur Arbeitsleistung ausgehändigten Gegenständen, z. B. Werkzeugen,

[46]) A. M. Stadthagen S. 128 u. 129, der die Annahme eines Verzichts hier stets für ungerechtfertigt ansieht. Seine Begründung dieser Ansicht ist aber verfehlt; er will eben aus der Tatsache der Erhebung der Klage den Mangel des Verzichtwillens folgern; dies ist eine offensichtliche petitio principii.

[47]) Vgl. oben § 14 Anm. 32 u. unten § 20 Anm. 50.

[48]) Vgl. Seufferts Archiv B. 44 Nr. 247.

[49]) Vgl. Prot. des Reichstags v. 1891 S. 2806 u. die Kommentare zur G.O.

[50]) Ebenso Entsch. des R.G. bei Reger B. 16 S. 28; Nelken S. 531.

Dienstkleidung u. ähnl. zustehe. Man wird die Frage zu verneinen haben.[51]) Denn die Pflicht des Arbeiters zur Zurückgabe dieser ihm aus Anlaß des Arbeitsverhältnisses übergebenen Gegenstände ergibt sich nicht aus dem Arbeitsvertrag, also dem rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Lohnforderung beruht, sondern aus andern Rechtstiteln. Die überwiegende Praxis der Gewerbegerichte[52]) hat vor Einfügung der Ziffer 3 in § 4 des Gewerbegerichtsgesetzes auch folgerichtigerweise angenommen, daß Klagen auf Herausgabe solcher Gegenstände nicht bei dem Gewerbegericht erhoben werden können, weil der Rechtsgrund des Anspruchs nicht im Arbeitsvertrag liege.

Der Anspruch des gewerblichen Arbeiters wegen des Lohns und anderer an Stelle des Lohns vereinbarter Leistungen, mit Einschluß der Auslagen, verjährt nach § 196 Z. 9 B.G.B. in zwei Jahren. Die Verjährung beginnt nach § 201 B.G.B. mit dem Schluß des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist.

§ 17.

Die Aufrechnung.[1])

Das Schuldverhältnis erlischt nach § 362 B.G.B., wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Ebenso erlischt es nach § 364 B.G.B., wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimmt. In beiden Fällen erleidet der Gläubiger keinen Zwang. Im ersten erhält er, was er zu fordern hat; im zweiten nimmt er statt der obligationsmäßigen Leistung freiwillig eine andere an. Anders liegt die Sache bei der gesetzlichen Aufrechnung.[2]) „Der Aufrechnende zwingt, indem er von seinem gesetzlichen Recht Gebrauch macht, dem andern Teile eine gesetzlich statthafte Befriedigung auf und befriedigt sich selbst hiermit gleichzeitig.“ [3]) Hätte

---

[51]) Ebenso Crome, System II S. 652 Anm. 1; a. M. Lotmar S. 378.

[52]) Vgl. z. B. Unger Nr. 205.

[1]) Vgl. Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung (Berlin 1902); Lotmar S. 395 ff.; ferner die Verhandlungen auf den Verbandstagen der deutschen Gewerbegerichte von 1900 u. 1901 (Gew.-G. 6 außerord. Beil. 2, Gew.-G. 7 außerord. Beil. zu Nr. 2); Sigel im Gew.-G. 7 S. 195; Baum in den Blättern für Rechtspfl. im Bezirk der K.G. (Perl u. Wreschner) J. 13.

[2]) Über die Ungültigkeit des Aufrechnungsvertrags, der compensatio voluntaria, vgl. oben S. 45.

[3]) So die Mot. II S. 108.

nun der Gesetzgeber keine besondere Bestimmung zum Schutz der Lohnforderung gegeben, so würde auch der gewerbliche Arbeiter gegenüber seinem Arbeitgeber diesem Zwange unterliegen, mit andern Worten: der Arbeitgeber könnte gegen die Lohnforderung des Arbeiters mit einer Gegenforderung, z. B. wegen fahrlässiger Materialbeschädigung, wegen rechtswidrigen Verlassens der Arbeit, wegen Hingabe eines Darlehens u. s. w. unbeschränkt aufrechnen.[4])

Bis zum 1. Januar 1900 war Praxis wie Theorie überwiegend der Ansicht, daß dem Arbeitgeber diese Aufrechnungsbefugnis ohne weiteres zustehe. Immerhin haben einzelne Gerichte und Schriftsteller schon früher hin und wieder wider den Stachel gelöckt, indem die Unzulässigkeit der Aufrechnung aus dem in § 115 G.O. enthaltenen Gebot der Barzahlung des Lohns[5]) oder aus dem § 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes[6]) entnommen werden wollte.

Nunmehr bestimmt der § 394 B.G.B. in seinem hier allein interessierenden[7]) ersten Satz:

„Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt".

Die unpfändbaren Forderungen zählt der § 850 in 8 Ziffern auf. Hier kommt nur die 1. Ziffer in Betracht,[8]) wonach der Arbeits- oder Dienstlohn nach den Bestimmungen des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. Juni 1869 (B.Bl. v. 1869 S. 242 u. 1871 S. 63, R.Bl. v. 1897 S. 159) der Pfändung nicht unterworfen ist.[9]) Aus der Begründung der Motive[10])

---

4) Nach § 302 C.P.O. bleibt der Rechtsstreit, falls ein Vorbehaltsurteil über die Klageforderung ergeht, bezüglich der aufrechnungsweise geltend gemachten Gegenforderung anhängig. Ist die Aufrechnung also an sich zulässig, so muß das Gewerbegericht über die Gegenforderung erkennen (ebenso Gew.-G. 5 S. 282; a. M. G.G. Oldenburg im Gew.-G. 5 S. 195, das unrichtigerweise annimmt, die Gegenforderung müsse hier „selbständig" geltend gemacht werden und entfalle daher der Zuständigkeit des Gewerbegerichts).

5) Vgl. oben S. 94 Anm. 19.

6) So insbesondere Sœtbeer im Gew.-G. 5 S. 62, der aber übersehen hat, daß die Ausübung der gesetzlichen Aufrechnungsbefugnis keine „Verfügung" des Arbeiters ist; gegen Sœtbeer vgl. auch Mandry-Geib S. 258 u. Mot. II S. 113: „der § 394 gehe über das bestehende Recht hinaus".

7) So wenig wie der zweite Satz des § 394 B.G.B. kommt Art. 81 E.G. zum B.G.B. hier, wo es sich nur um den gewerblichen Arbeitsvertrag handelt, in Frage.

8) Die im 3. u. 4. Absatz des § 850 C.P.O. vorgesehenen Ausnahmen haben für den gewerblichen Arbeitsvertrag so gut wie keine Bedeutung.

9) Den Text der §§ 1 u. 2 des L.B.Ges. s. oben S. 44.

10) Mot. II S. 113.

zu § 394 (früher § 288) mögen hier nur folgende Sätze wiedergegeben werden: „Es wäre schon an sich eine Inkonsequenz, wenn, obwohl das Gesetz eine Forderung der Exekution entzieht, dem Schuldner gestattet wäre, gegen eine solche Forderung eine Gegenforderung zur Aufrechnung zu bringen und auf diese Weise, ähnlich wie im Wege der Exekution, den Gläubiger zu zwingen, sich in die Nichtbefriedigung zu fügen. Es macht sich diesfalls der Charakter der Aufrechnung als einer auf positiver gesetzlicher Zulassung beruhenden, dem Gläubiger aufgezwungenen Befriedigung, gewissermaßen als Selbstexekution, geltend".

Es ist nun auch in der Tat nicht einzusehen, warum der Arbeitgeber so sehr vor den übrigen Gläubigern des Arbeiters privilegiert sein sollte, daß er seine Forderung auf dem bequemen Weg der Aufrechnung sollte beitreiben dürfen, während diese andern Gläubiger wegen ihrer Forderungen, die an sich doch der des Arbeitgebers gleichwertig sind, keine Lohnpfändung vor Ablauf des Zahltags des Arbeiters vornehmen lassen dürfen.

Es ist die Behauptung aufgestellt worden,[11]) praktisch gestalte sich nach § 394 B.G.B. die Rechtslage derart, daß den gewerblichen Arbeitern Abzüge an ihrer Lohnforderung gegen ihren Willen überhaupt nicht mehr gemacht werden können. In dieser Allgemeinheit ist diese Behauptung nicht richtig. Denn die Aufrechnung findet in demselben Umfang statt, als die Pfändung der Lohnforderung nach § 1 des L.B.Ges. zulässig ist. Handelt es sich also um ein Arbeitsverhältnis, das die Erwerbstätigkeit nicht vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, so ist auch die Aufrechnung zulässig. Zugegeben ist freilich, daß gerade auf dem Gebiet des gewerblichen Arbeitsvertrags die meisten Arbeitsverhältnisse die Erwerbstätigkeit des Arbeiters vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmen. Bei der Untersuchung der Frage, wenn dies der Fall sei, wird man übrigens nicht die mehr oder weniger lange Dauer des Arbeitsverhältnisses als das unterscheidende Merkmal ansehen dürfen.[12]) Die Tendenz des L.-Beschl. geht dahin, dem Arbeiter seinen berufungsmäßigen Lohn, das Existenzminimum wenigstens am

---

11) S. z. B. Neukamp im Verwaltungsarchiv B. 5 S. 225; Schicker Anm. 16 zu § 115 G.O. Was Günther im Gew.-G. 7 S. 83 mit dem Satz: „das Aufrechnungsverbot des § 394 besteht ganz für sich im engeren Sinne im Gegensatz zum Verbot der Lohnpfändung überhaupt" meint, ist dunkel.

12) A. M. Mandry-Geib S. 246 u. 247; auch Sinzheimer S. 41 verlangt, daß das Arbeitsverhältnis ein bestimmtes stetiges Verhältnis sein müsse.

Zahltag zu sichern.[13]) Für das Budget des Arbeiters, der von der Hand in den Mund lebt, ist auch der Verdienst eines Tags das schutzbedürftige Entgelt für seine Erwerbstätigkeit. Der entscheidende Gesichtspunkt besteht also darin, ob das Arbeitsverhältnis die hauptsächlichste Einkommensquelle oder nur einen Nebenverdienst darstelle.[14])

Weiter ist darauf hinzuweisen, daß die Pfändung der Lohnforderung und damit auch die Aufrechnung zulässig wird, wenn der Arbeiter nach Leistung der Arbeit am Zahltag seinen Lohn nicht einfordert. Auf den Grund, der den Arbeiter veranlaßt hat, seinen Lohn am Zahltag nicht einzufordern, kommt hierbei gar nichts an.[15]) Pfändung und Aufrechnung sind also z. B. zulässig, wenn der Arbeiter dem Arbeitgeber Stundung seiner Schuld gewährt,[16]) wenn er am Zahltag seinen Lohn ganz oder teilweise als Sparpfennig oder als Kaution[17]) für zukünftige Forderungen des Arbeitgebers bei diesem stehen läßt. Die Frage, ob der Arbeiter seinen Lohn am Zahltag eingefordert habe, ist also von der größten Wichtigkeit. Beweispflichtig ist der Arbeiter,[18]) denn er muß die Voraussetzungen für das Verbot der Aufrechnung beweisen. Man wird nun ohne weiteres davon ausgehen müssen, daß der Arbeiter, der am Zahltag ganz allgemein seinen Lohn fordert, den ganzen Lohn ohne Abzüge verlangen will. Daraus folgt, daß für den Fall, daß die Lohneinforderung feststeht, der Arbeitgeber seine etwaige Behauptung, daß der Arbeiter sich mit einem Lohnabzug zur Deckung einer Gegenforderung einverstanden erklärt habe, daß er also einen Teil seines Lohnes nicht eingefordert habe, zu beweisen hat; die Tatsache eines vom Arbeiter unwider-

---

[13]) Vgl. die Ausführungen des Regierungskommissars im Reichstag (Prot. v. 1869 B. 2 S. 900).

[14]) Vgl. Meyer, das Recht der Beschlagnahme von Lohn- und Gehaltsforderungen S. 28 u. in der d. Juristenzeitung 7 S. 449 u. 505; s. ferner die Ausführungen des Reichsversicherungsamts über den Begriff: Hauptberuf in der Zeitschr. für Alters- und Invaliditätsversicherung B. 12 S. 1; G.G. Stuttgart bei Beckmann 3 S. 354.

[15]) Ebenso Lotmar S. 406.

[16]) Ebenso Mandry-Geib S. 250; Lotmar S. 407 ist der Ansicht, daß Aufrechnung auch ausgeschlossen sei, wenn der Arbeiter den Lohn zunächst gefordert, dann aber Stundung verwilligt habe; denn die Tatsache der Einforderung genüge. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Das L.B.Ges. will nur den Lohnanspruch schützen, den der Arbeiter am Zahltag realisieren will, nicht aber denjenigen, den er freiwillig über den Zahltag hinaus ausstehen und so zu einer Kapitalforderung werden läßt; dies hat das A.G. Barmen im Gew.-G. 8 S. 64 ganz übersehen.

[17]) S. hierüber unten § 19 zu Anm. 8.

[18]) Ebenso bei der Lohnpfändung Dernburg, pr. Privatrecht B. 2 S. 267; vgl. auch die Ausführungen des Abg. Bähr im Reichstag (Prot. v. 1869 B. II S. 981).

sprochen gelassenen Lohnabzugs genügt an sich noch nicht zur Annahme eines solchen Einverständnisses des Arbeiters. Vielmehr ist der Grund zu erforschen, der den Arbeiter zur Unterlassung eines sofortigen Widerspruchs veranlaßt hat. Nur wenn der Arbeiter keinen Widerspruch gegen den Lohnabzug gemacht hat, trotzdem er dies nach Lage der Umstände und nach den Grundsätzen über Treu und Glauben hätte tun können und sollen, ist anzunehmen, daß das Einverständnis zu dem Lohnabzug seinem wirklichen Willen entspreche (vgl. § 133 B.G.B.).[19] Indem der Arbeiter sein Einverständnis zu einem solchen Lohnabzug erklärt, anerkennt er die Gegenforderung des Arbeitgebers und erklärt gleichzeitig sein Einverständnis zu ihrer Tilgung im Weg der vom Arbeitgeber vorgenommenen Aufrechnung. Es erhebt sich nunmehr aber die Frage, ob der Arbeiter durch diese, eine Aufrechnung involvierende Nichteinforderung eines Teils seines Lohns nicht eine Verfügung über seine Lohnforderung treffe, die nach § 2 des L.B.Ges. ohne rechtliche Wirkung ist. Die Sache liegt rechtlich ganz gleich, wenn der Arbeitgeber im Einverständnis mit dem Arbeiter diesem den fälligen Lohn nicht auszahlt, weil er mit demselben einen andern Gläubiger des Arbeiters seiner Anweisung entsprechend befriedigt oder wenn der Arbeitgeber sich für seine eigene Gegenforderung im Weg der vereinbarten Aufrechnung deckt;[20] in beiden Fällen verfügt der Arbeiter über seinen Lohn durch ein Rechtsgeschäft. Ist man nun der Ansicht, daß der § 1 des L.B.Ges. sich nicht bloß auf die Pfändung der Lohnforderung, sondern auch auf die Pfändung des bereits ausgezahlten Lohns beziehe, daß also auch der bereits ausgezahlte Lohn vor Ablauf des Zahltags nicht gepfändet werden dürfe,[21] so muß man folgerichtigerweise auch annehmen, daß auch jede Verfügung des Arbeiters über seinen Lohn vor Ablauf des Zahltags nach § 2 des L.B.Ges. ohne rechtliche Wirkung ist. Dies wäre aber offenbar für die Praxis ein ganz unerträglicher Zustand! Die

---

[19]) Die Frage, ob der Arbeiter sich mit einem Lohnabzug am Zahltag stillschweigend einverstanden habe, ist in der Praxis sehr häufig zu entscheiden. Nicht selten erhebt der Arbeiter nicht sofort gegen einen solchen Abzug Widerspruch, weil er bei der Lohnzahlung gar keine Zeit zur Nachprüfung der Lohnberechnung hat oder weil er sich selbst nicht darüber klar ist, ob der Abzug gerechtfertigt ist, und daher sich hierüber vorher erkundigen will. In solchen Fällen wird man sein Einverständnis zum Lohnabzug nicht annehmen dürfen.

[20]) Vgl. hierüber oben S. 45.

[21]) So O.L.G. Stuttgart in den Jahrb. der württ. Rechtspflege B. 6 S. 39 und wohl auch Mandry-Geib S. 249.

erwähnte Ansicht kann nicht als richtig anerkannt werden.[22] Der § 1 des L.B.Ges. bezieht sich seinem klaren Wortlaut nach nur auf die Pfändung der Lohnforderung, nicht auf die Pfändung des bereits ausgezahlten Lohns.[23]. Hat der Arbeiter am Zahltag seine Lohnforderung mit Erfolg geltend gemacht, so ist für die Anwendung des § 1 kein Raum mehr vorhanden. Entweder hat der Arbeiter seine Lohnforderung am Zahltag vergeblich geltend gemacht, dann ist die Pfändung derselben verboten; oder er hat die Forderung mit Erfolg geltend gemacht, dann ist sie getilgt und kann somit nicht mehr gepfändet werden. Ist also davon auszugehen, daß der dem Arbeiter ausbezahlte Lohn am Zahltag bei ihm gepfändet werden kann, so ist auch ohne weiteres anzunehmen, daß der Arbeiter am Zahltag selbst über seinen Lohn in jeder beliebigen Weise,[24] also auch zur Tilgung einer Gegenforderung, im Weg der Aufrechnung verfügen kann.

Über den Begriff des Zahltags vgl. oben S. 69.

Dem Ausgeführten zufolge ist nach § 394 B.G.B. in Verbindung mit § 1 u. 2 des L.B.Ges. die Aufrechnung gegen die Lohnforderung nur zulässig, wenn der Arbeiter den Zahltag ohne Einforderung seines Lohnes hat verstreichen lassen, oder wenn er am Zahltag selbst sein Einverständnis zu der Aufrechnung erklärt hat. Unzulässig ist die Aufrechnung, wenn der Arbeiter am Zahltag seinen Lohn einfordert und zwar selbst dann, wenn diese Einforderung mit einem vor dem Zahltag abgeschlossenen Aufrechnungsvertrag im Widerspruch stehen sollte.[25] Denn dieser Aufrechnungsvertrag ist ein Rechtsgeschäft, das nach § 2 des L.B.Ges. ohne rechtliche Wirkung ist. Fordert der Arbeiter am

---

[22]) Ebenso Gaupp-Stein Anm. 5 u. 14 zu § 815 C.P.O. und die dort Zitierten; ferner O.L.G. Hamburg in Seufferts Archiv B. 42 Nr. 173; Sinzheimer S. 74.

[23]) Aus der Äußerung des Abg. Lasker (vgl. Prot. des Reichstags v. 1869 B. 2 S. 910 u. 912), daß auch der erhobene Lohn dem Arbeiter bis zum Ablauf des Zahltags gesichert werden müsse, läßt sich hieher gar kein Schluß ziehen, da sie vor Aufnahme des Zusatzes: „ohne daß der Vergütungsberechtigte dieselbe eingefordert hat“ getan worden ist.

[24]) Ebenso Schenkel Anm. 4 zu § 115a G.O.; Nelken S. 524.

[25]) Über die abweichende Meinung, welche dem Aufrechnungsvertrag, der compensatio voluntaria, rechtliche Wirksamkeit zuspricht, vgl. oben § 10 Anm. 40. Liegt kein Aufrechnungsvertrag vor, so besteht über die Unzulässigkeit der Aufrechnung hier wohl allseitiges Einverständnis. Bei Lohnvorschüssen kommt, soweit nicht tatsächlich ein Darlehen vorliegt, die Aufrechnung gar nicht in Frage, da es sich hier lediglich um vorausbezahlten Lohn handelt (ebenso Köhne, die Arbeitsordnungen S. 192; vgl. auch G.G. Berlin in der Soz. Pr. 10 S. 536).

Zahltag seinen Lohn ein, so muß ihm der Arbeitgeber denselben ausbezahlen, mag ihm auch eine durchaus begründete Gegenforderung zustehen. Tut er dies nicht, so kommt er mit der Zahlung seiner Lohnschuld in Verzug (§§ 286 Abs. 1 u. 288 B.G.B.).[26] Selbstverständlich kann der Arbeitgeber im Prozeß über die Lohnforderung nach ihrem Anerkenntnis seine Gegenforderung im Weg der Widerklage geltend machen, sofern die Voraussetzungen des § 33 C.P.O. vorliegen.[27] Das Anerkenntnisurteil über die in der Vorklage geltend gemachte Lohnforderung ist auf Antrag des klagenden Arbeiters nach § 307 C.P.O. sofort im ersten Termin, ohne Rücksicht auf die weitere Behandlung der Widerklage, zu verkündigen.[28]

Die Zulässigkeit der Pfändung der Lohnforderung ist nach § 1 des L.B.Ges. außerdem noch an die Voraussetzung gebunden, daß die Leistung der zu entgeltenden Arbeiten oder Dienste bereits erfolgt ist. Da der Lohn in der Regel (vgl. § 614 B.G.B) erst nach der Arbeitsleistung zu bezahlen ist und eine Aufrechnung somit auch erst in diesem Zeitpunkt in Frage kommen kann, so ist diese Bestimmung für die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung von keiner großen Bedeutung.[29] Immerhin ist aber anzuerkennen, daß auch dann, wenn Vorausbezahlung des Lohns ausnahmsweise vereinbart worden sein sollte, die Pfändung der Lohnforderung und damit auch die Aufrechnung erst zulässig wird, wenn der Arbeiter am Zahltag seinen Lohn nicht eingefordert und die Arbeitsleistung, für welche der Lohn das Entgelt darstellt, bewirkt hat.

Treffen die Voraussetzungen des § 615 oder 616 B.G.B. zu, so steht dem Arbeiter kraft Gesetzes eine Lohnforderung zu, trotzdem er keine Arbeit geleistet hat. Unterliegt auch diese Lohnforderung dem Pfändungs- und Aufrechnungsverbot? Diese Frage ist zu bejahen. Hierüber besteht bezüglich des § 616 B.G.B. wohl allseitiges Einver-

---

[26]) Vgl. Sinzheimer S. 49 und dazu Sigel im Gew.-G. 7 S. 197. Zweifelhaft ist, ob der Arbeiter hier auch gemäß § 124 Z. 4 G.O. die Arbeit sofort ohne Einhaltung der maßgebenden Kündigungsfrist verlassen darf. Sinzheimer bejaht die Frage; auch Nelken S. 620 u. Schicker Anm. 5 zu § 124 G.O. sind wohl der gleichen Ansicht wie Sinzheimer; über die dieser Ansicht entgegenstehenden Bedenken vgl. Sigel a. a. O.

[27]) Ebenso das G.G. Stuttgart in konstanter Praxis; ferner G.G. München im Gew.-G. 6 S. 75; Sinzheimer S. 71; Lotmar S. 407 Anm. 4.

[28]) Vgl. Gaupp-Stein Anm. II 2 zu § 307 C.P.O. Der Arbeiter kann so in der Regel vor dem Arbeitgeber in den Besitz eines vollstreckbaren Titels gelangen, was gewiß der Tendenz des § 394 B.G.B. entspricht. Bei der Vollstreckung ist sodann der § 811 Z. 2 C.P.O. noch zu beachten (vgl. hierüber Sinzheimer S. 74).

[29]) Vgl. Lotmar S. 398; s. o. § 13 Anm. 42.

ständnis;[30]) dagegen wird bezüglich des § 615 B.G.B. die Meinung vertreten, daß das Pfändungs- und Aufrechnungsverbot sich auf die dem Arbeiter gegen den in Annahmeverzug gekommenen Arbeitgeber zustehende Lohnforderung nicht beziehe, weil dieses Verbot eine mit Einschränkungen auszulegende Ausnahmevorschrift darstelle, und daß man von „verdientem Lohn" hier nicht reden könne, wo doch offenbar nur die einseitige Leistung der Vergütung in Betracht komme, ohne daß die durch Annahmeverzug fortgefallene Gegenleistung des Dienstverpflichteten eine Rolle spiele.[31]) Diese Meinung ist nicht richtig.[32]) Der Anspruch aus § 615 B.G.B. ist kein Schadensersatzanspruch, sondern ein Lohnanspruch. Nach den Motiven[33]) hat der Gesetzgeber es vermieden, in das Gesetz selbst eine Vorschrift dahin aufzunehmen, daß hier die Arbeit kraft einer Fiktion als geleistet anzusehen sei; dagegen hat er ausdrücklich die Folgen dieser Fiktion hervorgehoben. Der Anspruch des Arbeiters soll also nach dem Willen des Gesetzgebers ein Lohnanspruch und damit ein privilegierter Anspruch sein. Die Lohnforderung des Arbeiters ist des Schutzes gleichermaßen bedürftig, mag er sie tatsächlich erarbeitet oder infolge des Annahmeverzugs des Arbeitgebers erworben haben: in beiden Fällen ist der Lohn eben das schutzbedürftige Existenzminimum des Arbeiters. Wenn der § 1 des L.B.Ges. die vorherige Leistung der Arbeit verlangt, so bezieht sich diese Vorschrift offensichtlich nur auf den Fall, wenn die Arbeit überhaupt geleistet wird. Für die Lohnansprüche, die gesetzlich ohne Arbeitsleistung entstehen, ist daher diese Voraussetzung gegenstandslos; dagegen ist im übrigen der § 1 des L.B.Ges. auf sie durchaus anwendbar.

Zulässig ist endlich die Aufrechnung gegen die Lohnforderung nach § 4 Z. 4 des L.B.Ges. insoweit, als der Gesamtbetrag der Vergütung die Summe von 1500 ℳ für das Jahr übersteigt; bis zu diesem Betrag ist also auch dieser Lohnanspruch geschützt.[34]) Hat z. B. ein Werkführer ein in monatlichen Raten von 150 ℳ zu entrichtendes Jahresgehalt von 1800 ℳ, so ist der einzelne Monatslohn bis zum Betrag von 125 ℳ

---

[30]) So v. Frankenberg im Gew.-G. 4 S. 104 u. 5 S. 204, und Sigel im Gew.-G. 6 S. 30, wo die früher (Gew.-G. 5 S. 168) vertretene abweichende Ansicht aufgegeben ist, Sinzheimer S. 42; Lotmar S. 405; G.G. Wiesbaden im Gew.-G. 7 S. 30.

[31]) So v. Frankenberg im Gew.-G. 6 S. 81.

[32]) Ebenso wie hier: Sinzheimer a. a. O.; Lotmar a. a. O.; Sigel im Gew.-G. 6 S. 30; Staub Anm. 9 zu § 70 H.G.B.; O.L.G. Colmar in der Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht B. 46 S. 491.

[33]) Mot. II S. 462; s. auch Sinzheimer S. 43.

[34]) Ebenso Lotmar S. 404; Prenner S. 30.

geschützt; die überschießenden 25 ℳ unterliegen der Pfändung und Aufrechnung ohne jede Beschränkung.

Den Schutz des § 394 B.G.B. u. des L.B.Ges. genießen selbstverständlich nur die Lohnforderungen, niemals Schadensersatzforderungen, die z. B. auf Grund des § 628 Abs. 2 B.G.B. erhoben werden.[35])

Steht der Lohnforderung eine Gegenforderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung gegenüber, begegnen sich also zwei Aufrechnungsverbote (vgl. §§ 393, 394 B.G.B.), so sind eben beide Forderungen gesondert zu tilgen.[36])

§ 18.

Das Zurückhaltungsrecht und die Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

I. Der § 394 B.G.B. beruht, wie bereits im § 17 angedeutet worden ist, auf einer doppelten Erwägung: Einmal ist es eine Unbilligkeit, wenn der Arbeitgeber vor den andern Gläubigern seines Arbeiters insofern privilegiert ist, als er für seine Forderungen an den Arbeiter das bequeme Deckungsmittel der Aufrechnung hat und jenen somit die Möglichkeit, ihre Forderungen beizutreiben, von vornherein nehmen kann. Dann aber ist es ein sozialer Mißstand, wenn dem Arbeiter die Einkommensquelle, die häufig für ihn die einzige ist, am Zahltag verstopft wird. Denn ohne Lohn verfällt der Arbeiter mit seiner Familie nur zu häufig dem Pauperismus.

Trotzdem der aus dem § 394 B.G.B. klar ersichtliche Wille des Gesetzgebers dahin geht, daß der Arbeiter wenigstens am Zahltag auch gegen die Aufrechnung mit einer Gegenforderung des Arbeitgebers geschützt sein soll, hat eine weit verbreitete Ansicht durch die Heran-

---

[35]) Ebenso Sinzheimer S. 43 und unten § 22 Anm. 40.

[36]) Ebenso Sinzheimer S. 53 ff.; Lotmar S. 403; a. M. G.G. Kiel im Gew.-G. 5 S. 154 (vgl. dazu Thode in der d. Juristenzeitung 6, S. 304 ff.), das mit einem gewaltigen Sprung über die Grundsätze der Logik annimmt, daß die beiderseitige Nichtaufrechenbarkeit sich gegenseitig aufhebe und eine Aufrechnung wieder stattfinden könne. Diese Annahme wäre nur richtig, wenn durch die beiden Aufrechnungsverbote ein vacuum entstünde, wenn eine andere Tilgung der Forderungen als eben durch Aufrechnung nicht möglich wäre (vgl. Sigel im Gew.-G. 7 S. 199). Mit Recht führt Sinzheimer auch aus, daß der Versuch, das Kieler Urteil durch Heranziehung des § 242 B.G.B. zu halten, verfehlt sei. Härten, die sich bei der Anwendung des Gesetzes ergeben, darf man doch nicht einfach durch Heranziehung des § 242 B.G.B. korrigieren!

ziehung des im § 273 B.G.B. geregelten Zurückbehaltungsrechts die praktische Bedeutung des § 394 B.G.B. illusorisch gemacht. Es wird gesagt: Wenn der Arbeiter am Zahltag seinen Lohn einfordert, so kann der Arbeitgeber eine Gegenforderung, z. B. wegen einer Materialbeschädigung oder wegen rechtswidrigen Verlassens der Arbeit nach § 394 B.G.B. allerdings gegen die Lohnforderung nicht aufrechnen, aber der Arbeitgeber kann die geschuldete Lohnzahlung nach § 273 Abs. 1 B.G.B. verweigern, bis der Arbeiter die ihm gebührende Zahlung gemacht hat. Denn die beiden sich gegenüberstehenden Forderungen beruhen auf demselben rechtlichen Verhältnis, nämlich dem Arbeitsverhältnis; auch ergibt sich aus diesem Schuldverhältnis nicht etwas anderes.[1]) Da nach § 274 B.G.B. in diesem Fall der Arbeitgeber zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen ist, so hätte das Urteil z. B. zu lauten: „Der Beklagte ist schuldig, an den Kläger gegen Empfang von 30 ℳ — 30 ℳ zu bezahlen!" Ein solches Urteil wird bei jedem Unbefangenen nur Heiterkeit,[2]) bei den Arbeitern aber eine tiefgehende Erbitterung erregen. Denn es liegt auf der Hand, daß hier die im Interesse der Humanität und Billigkeit durch § 394 B.G.B. verbotene Kompensation durch die Hintertüre der Retention wieder eingeführt wird. Dies geben die Vertreter jener Ansicht auch mehr oder weniger offen zu. Dernburg a. a. O. sagt: „Geldleistungen Zug um Zug haben keinen Sinn. Das Zurückbehaltungsrecht muß sich dann zur Aufrechnung gestalten". Trotzdem kommt er zu dem Ergebnis, daß der Dienstherr den schuldigen Lohn „zurückbehalten" könne, wenn er auf Grund des Dienstvertrags Schadensersatzansprüche habe. Das Ergebnis, daß es so zur Aufrechnung auf den Lohn komme, meint Dernburg, sei allerdings ein anderes, als dasjenige, worauf § 394 hinzuweisen scheine; aber es sei unausweichlich

[1]) Diese Ansicht wird hauptsächlich von Dernburg II 1 S. 127 und Pappenheim in der d. Juristenzeitung 7 S. 86 ff. vertreten; ihnen haben sich angeschlossen: Cuno im Gew.-G. 5 S. 64; Burchardt S. 35 ff. und in der d. Juristenzeitung 5 S. 262; Staub Anm. 34 zu § 59 H.G.B.; Oertmann Anm. zu § 394 B.G.B.; Nelken S. 525; Günther im Gew.-G. 7 S. 83, der die §§ 273 u. 320 B.G.B. ebenso wie die §§ 119a u. 134 Abs. 2 G.O. als „positive Selbständigkeit habende Spezialbestimmungen" bezeichnet; L.G. Halle im Gew.-G. 6 S. 100; G.G. Rostock im Gew.-G. 6 S. 116; O.L.G. Rostock in der d. Juristenzeitung 7 S. 488; O.L.G. Köln in der Soz. Pr. 12 S. 398.

[2]) Wohl in dieser Erkenntnis sieht das L.G. Halle a. a. O. von einer Zug um Zugverurteilung ab, sondern weist den klagenden Arbeiter glatt ab; damit ist dann auch jeder äußere Unterschied von der Anwendung der Aufrechnung beseitigt! Pappenheim und Dernburg a. a. O. verlangen rein theoretisch ganz folgerichtig ein Zug um Zugurteil.

und doch wohl auch „zweckmässig!“ [3]) Pappenheim schließt sich Dernburg insofern an, als er sagt: [4]) „Erst im Stadium der Zwangsvollstreckung bleibt Raum für das, was Dernburg das Auslaufen des Zurückbehaltungsrechts in eine Art der Aufrechnung nennt, da allerdings der Gerichtsvollzieher sonst nach § 756 C.P.O. eine zwecklose Komödie aufzuführen genötigt wäre!“ Cuno gibt ganz offen zu, [5]) das Ergebnis der Anwendung des § 273 sei, daß der Arbeiter seine Forderung um die Gegenforderung kürzen müsse.

Die Erkenntnis, daß die Anwendung des § 273 hier in die Wiedereinführung der von § 394 B.G.B. verbotenen Ausrechnung „auslaufe“, hätte nun doch in der Tat die Anhänger dieser Ansicht stutzig machen sollen. Traut man bei einer solchen Gesetzesauslegung nicht geradezu dem Gesetzgeber zu, daß er eine Anleitung zu dem in fraudem legis agere selbst gibt? Dies darf man doch jedenfalls wenigstens insolange nicht tun, als sich noch ein Ausweg aus dem Dilemma bietet. Dies ist aber der Fall. Es ist daher der Satz aufzustellen: Für die Anwendung des Zurückbehaltungsrechts im Sinn des § 273 B.G.B. ist jedenfalls insoweit kein Raum, als die Aufrechnung gegen die Lohnforderung nach § 394 B.G.B. ausgeschloßen ist. [6])

Es ist durchaus zuzugeben, daß der Wortlaut des § 273, wenn man ihn nur für sich betrachtet, auch die Anwendung des Zurückbehaltungsrechts bei Geldforderungen zuläßt; denn der § 273 Abs. 1 spricht ganz allgemein von „Leistungen“. Zuzugeben ist auch, daß sich aus der Entstehungsgeschichte des § 273 kein Zeugnis beibringen läßt, in dem ausdrücklich gesagt wäre, der § 273 beziehe sich nicht auf Geldschulden. Andererseits findet sich aber auch in dieser Entstehungs-

---

3) Dernburg korrigiert hier also den Gesetzgeber, der im § 394 B.G.B. klar erkennbar einen andern Zweckmäßigkeitsstandpunkt einnimmt.

4) Pappenheim a. a. O. S. 90.

5) Cuno a. a. O.

6) Ebenso Sinzheimer schon im Gew.-G. 5 S. 137 und gleichzeitig und unabhängig G.G. Stuttgart daselbst S. 124; ferner Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 91; Sigel im Gew.-G., außerord. Beilage zu Nr. 2 des 7. Jahrg.; Fröhlich im Gew.-G. 5 S. 168; Fuld in der Zeitschr. für Sozialwissenschaft 4 S. 351; Schicker Anm. 7 zu zu § 134 G.O.; wohl auch Neukamp im Verwaltungsarchiv B. 5 S. 225; Prenner S. 31; Lotmar S. 430; Goldmann Anm. 3 zu § 59 H.G.B.; Lippmann in Iherings Jahrb. für Dogmatik B. 43 S. 541 und die bei Sinzheimer S. 91 weiter zitierten Schriftsteller; Köhne, die Arbeitsordnungen S. 198 Anm. 5; ferner O.L.G. Hamburg in Seufferts Archiv B. 57 Nr. 56; A.G. Köln im Gew.-G. 6 S. 124 und die überwiegende Praxis der deutschen Gewerbegerichte (vgl. z. B. G.G. Berlin in der Soz. Pr. 10 S. 556, München in seinem Jahresbericht von 1900).

geschichte und ebensowenig in der des § 394 B.G.B. ein Zeugnis, welches die Retention bei Geldschulden und insbesondere die Retention bei verbotener Kompensation ausdrücklich als zulässig behandeln würde. Und doch wäre hier eine sehr geeignete Gelegenheit zur Aussprache über die Frage gegeben gewesen. Der § 394 B.G.B. lautete ursprünglich folgendermaßen: „Die Aufrechnung findet nicht statt gegen die im § 749 C.P.O. genannten Ansprüche, insoweit als dieselben der Pfändung nicht unterworfen sind“. Der in der 1. Kommission gestellte Antrag,[7]) hinter „§ 749 C.P.O.“ einzuschalten: „Z. 1 u. 2“ und nach „unterworfen sind“ hinzuzufügen: „und was die unter 1 genannten Ansprüche anlangt, soweit die Gegenforderung nicht aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnis selbst entstanden ist. Die Vorschriften des R.G. vom 17. Juli 1878, § 115—119 bleiben unberührt“ wurde abgelehnt mit dem Bemerken, daß die Gründe, weshalb das Gesetz die Exekution für unzulässig erkläre, auch die Ausschließung der erzwungenen Kompensation ausschließe. Hier war also ausdrücklich von konnexen Gegenforderungen die Rede. Man sollte doch wirklich meinen, daß die gesetzgebenden Faktoren, wenn sie das Zurückbehaltungsrecht hier für anwendbar gehalten hätten, bei dieser Gelegenheit hierauf Bezug genommen hätten. Sie haben dies nicht getan, offenbar weil sie gar nicht daran gedacht haben, daß das Zurückbehaltungsrecht neben dem Aufrechnungsverbot herangezogen werden könnte. Es ist hier auch darauf hinzuweisen, daß in den partikulären Gesindeordnungen der § 394 B.G.B. ausdrücklich für bestimmte Fälle außer Kraft gesetzt worden ist.[8]) Hiezu hätten die Partikulargesetzgeber doch gewiß keinen Anlaß gehabt, wenn nach ihrer Ansicht auf dem durch § 273 B.G.B. gegebenen Weg der wirtschaftliche Erfolg der Aufrechnung bewirkt werden könnte; daran haben sie sicher nicht gedacht.

Das Bild, das hiernach die Entstehungsgeschichte der in Frage stehenden Gesetzesbestimmungen gibt, rechtfertigt selbstverständlich an sich noch nicht die Annahme, daß das Zurückbehaltungsrecht im Sinn des § 273 B.G.B. insoweit nicht stattfinden könne, als die Aufrechnung

---

[7]) Prot. S. 1419 ff.; vgl. auch die Mot. II S. 114 zum 1. Entwurf, wo ausdrücklich gesagt ist, daß das Verbot der Aufrechnung sich auch auf Gegenforderungen aus demselben Rechtsverhältnis beziehe.

[8]) Vgl. die preußische, bayerische, württemb., els.-lothringische Gesindeordnungen; Neumann in den Bl. für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt B. 47 S. 193 ist übrigens der Ansicht, daß der Art. 95 des E.G. zum B.G.B. den Landesgesetzgebungen nicht das Recht gebe, den § 394 B.G.B. für das Gesinderecht außer Kraft zu setzen.

nach § 394 B.G.B. ausgeschlossen ist. Eine „Leistung“ (vgl. § 273 B.G.B.) kann auch die „Handlung“ [9]) der Geldzahlung sein; in der erwähnten Entstehungsgeschichte findet sich ein gegenteiliger Ausspruch nicht.

Das Reichsgericht hat in einer handelsrechtlichen Entscheidung vom 30. Januar 1884 [10]) folgenden Satz aufgestellt: „Geldsummen, d. h. Wertquantitäten, welche in Geld ausgedrückt und zu leisten sind, lassen sich nur zur Kompensation, nicht zur kaufmännischen Retention benutzen“. Dieser Satz findet seine Stütze nicht in einer speziellen Vorschrift des Handelsrechts, sondern offenbar in der wirtschaftlichen Erwägung, daß die Retention hier zur Kompensation führen muß und daß daher für sie hier kein Raum ist. Diese allgemeine Erwägung hat auch für die Auslegung des jetzt geltenden Gesetzes zu gelten. Man möchte daher geneigt sein, den Satz aufzustellen, daß nach einer den wirtschaftlichen Erfolgen Rechnung tragenden und daher für den Praktiker allein brauchbaren Auslegung des Gesetzes das Zurückbehaltungsrecht des § 273 B.G.B. sich auf Geldschulden überhaupt nicht beziehen könne. Allein so weit braucht man für die hier interessierende Frage nach dem Verhältnis des § 273 zum § 394 B.G.B. gar nicht zu gehen. Denn es ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 273 selbst, daß für das Zurückbehaltungsrecht insoweit kein Raum ist, als die Aufrechnung ausgeschlossen ist. Der § 273 gibt das Zurückbehaltungsrecht ausdrücklich nur: „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt“. Aus dem Schuldverhältnis des Arbeitsvertrags ergibt sich nun aber ein anderes. [11]) Dieser Vorbehalt des § 273 ist, wie Pappenheim [12]) mit Recht aus seiner Entstehungsgeschichte nachweist, dahin zu verstehen, daß der Schuldner beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen das Zurückbehaltungsrecht hat, sofern er nicht nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zur Vorleistung verpflichtet ist. Pappenheim ist der Ansicht, daß eine solche Vorleistungspflicht bezüglich der Lohnforderung für den Arbeitgeber, dem eine konnexe Gegenforderung zustehe, nicht bestehe. Diese Ansicht kann nicht als richtig anerkannt werden. Aus dem Lohn-

---

9) Vgl. Mot. II. S. 42.

10) Entsch. des R.G. in C.S. B. 12 S. 90; vgl. ferner hierzu die bei Sinzheimer S. 84 u. 85 zit. Schriftsteller; württemb. Verwaltungsgerichtshof in den Jahrb. der w. Rechtspflege B. 14 S. 124 und in der Zeitschr. die Invalid.- u. Altersversicherung im D. Reich Jahrg. 13 S. 40 und die Entsch. des R.G. in C.S. B. 14 S. 110.

11) So schon G.G. Stuttgart im Gew.-G. 5 S. 124 und Sinzheimer daselbst S. 137.

12) A. a. O. S. 87.

beschlagnahmegesetz allein, auf das Pappenheim exempliziert, ergibt sich diese Vorleistungspflicht des Arbeitgebers freilich nicht; denn nach diesem Gesetz war ja sogar die gesetzliche Aufrechnung, also das plus zulässig. [13]) Wohl aber ergibt sie sich aus dem § 394 B.G.B. Durch den Aufsatz von Pappenheim zieht sich ebenso wie durch die Ausführungen von Dernburg wie ein roter Faden die Erwägung, daß das Verbot der Aufrechnung für den Arbeitgeber eine Härte bedeute. Gewiß, dieses Verbot ist, wenn man die Sache vom Standpunkt des Arbeitgebers aus betrachtet, für diesen unter Umständen hart. Wie steht es aber mit dem Arbeiter? Für ihn bedeutet das Ausbleiben seines Lohns am Zahltag nur zu häufig seinen finanziellen Ruin, er muß beim Mangel anderer Einkommensquellen „mit den Seinen hungern oder der Armenpflege zur Last fallen". [14]) Ist dies nicht noch härter? Es handelt sich hier eben einfach um einen Interessenkonflikt, den der Gesetzgeber nach dem „Prinzip des Schutzes des überwiegenden Interesses" [15]) zu Gunsten des sozial schwächeren Teils entschieden hat. Diesen deutlich zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers muß eine unparteiische Gesetzesauslegung respektieren. Durch das L.B.Ges. ist die Lohnforderung gegen den Zugriff der externen Gläubiger des Arbeiters geschützt worden; der § 394 B.G.B. setzt in weiser Würdigung der sozialen Verhältnisse den Schlußstein auf diesen Teil des Arbeiterschutzes und sichert dem Arbeiter seinen Lohn gegen den Zugriff des internen Gläubigers, des Arbeitgebers. Nach § 1 des L.B.Ges. soll dem Arbeiter die Möglichkeit, seinen verdienten Lohn am Zahltag bar in die Hand zu bekommen, durch die Beschränkung der Vollstreckungsbefugnisse seiner Gläubiger garantiert werden. Gerade daraus, daß der § 394 B.G.B. auf den § 1 des L.B.Ges. mittelbar Bezug nimmt, muß geschlossen werden, daß der Gesetzgeber dem Arbeiter die Möglichkeit, seinen Lohn am Zahltag in die Hand zu bekommen, auch gegen den Zugriff seines Arbeitgebers sichern wollte. Wenn der Gesetzgeber bei zwei sich gegenüber stehenden und an sich zur Aufrechnung geeigneten Forderungen sagt, der eine Gläubiger darf am Tag der Fälligkeit seiner Schuld nicht aufrechnen, so muß hieraus mit logischer Notwendigkeit geschlossen werden, daß er seine Schuld nach dem Willen des Gesetzgebers ohne Rücksicht auf seine Gegenforderung bar zu bereinigen hat, mit andern Worten, daß er vorleisten muß. Der Gesetzgeber hat zur Herstellung des von ihm gewünschten Erfolgs, daß der

---

13) Vgl. oben S. 103.

14) So O.L.G. Hamburg in Seufferts Archiv B. 57 Nr. 56.

15) Vgl. Sinzheimer S. 80 und Lotmar S. 399 u. 400.

Arbeiter auf seinen Wunsch am Zahltag seinen Lohn bar in die Hand bekommen soll, wohl auf Grund praktischer Erwägungen nicht den positiven Weg des Gebots, sondern den negativen des Verbots aller derjenigen Handlungen, welche diesen Erfolg zu vereiteln geeignet sind, eingeschlagen. Es ergibt sich somit aus dem Inhalt, den der Gesetzgeber dem Schuldverhältnis des Arbeitsvertrags gegeben hat, daß der Arbeitgeber jedenfalls insoweit, als nach § 394 B.G.B. die Aufrechnung verboten ist, bezüglich seiner Lohnschuld vorleistungspflichtig ist.[16]) Daß die Frage, in welcher Weise der Schuldner nach der Vorschrift des Gesetzes seine Verpflichtung zu erfüllen habe, zum Inhalt des Schuldverhältnisses gehört, bedarf weiterer Ausführung nicht.

Bei dieser, dem Willen des Gesetzgebers ganz gewiß entsprechenden Auslegung des § 273 B.G.B. bedarf es zum Beweis der Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht nicht der Heranziehung der Gesetzesanalogie;[17]) zu diesem Hilfsmittel der Gesetzesauslegung greift die Praxis erfahrungsgemäß und mit guten Gründen nicht gerne.

II. Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 B.G.B. kann dem Ausgeführten zufolge bei Geldforderungen insoweit nicht geltend gemacht werden, als die Aufrechnung nach § 394 B.G.B. verboten ist. Greift es nun aber Platz, wenn der Anspruch des Arbeitgebers kein Geldanspruch, sondern ein Anspruch auf Vornahme einer anderweitigen Handlung ist?

Aus der Praxis kommen hier folgende Fälle hauptsächlich in Betracht:

a) der Arbeiter verläßt die Arbeit rechtswidrig;

b) der Arbeiter leistet schuldhafterweise mangelhafte Arbeit.

Im ersten Fall hat der Arbeitgeber die Wahl, ob er von dem Arbeiter Fortsetzung der Arbeit oder gemäß § 325 B.G.B. Schadensersatz[18]) verlangen will. Der erstgenannte Anspruch ist kein Geldanspruch und ergibt sich ebenso wie die Lohnforderung aus dem Schuldverhältnis des Arbeitsvertrags, ist also konnex.

---

[16]) Ebenso Lotmar S. 430; Sinzheimer; O.L.G. Hamburg a. a. O. Das letztere vermischt aber mit der richtigen Erwägung, daß der Gegenanspruch des Arbeitgebers hinter dem öffentlichrechtlich privilegierten auf Arbeitslohn zurückstehen und daß daher der Arbeitgeber vorleisten müsse, den dem gemeinen Recht entnommenen Gedanken, daß das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden könne, wo es, wie z. B. bei einer Gegenforderung aus Delikt, dolos wäre, Lohn zu fordern. Diese Ausnahme findet im geltenden Recht keine Stütze; es ist auch gar nicht abzusehen, wo hier der dolus aufhören soll. Vgl. gegen das Hamburger Urteil auch Sinzheimer S. 82; Pappenheim a. a. O. S. 88.

[17]) Die Gesetzesanalogie nehmen u. a. zur Hilfe Sinzheimer S. 78; Lotmar S. 430; Lippmann a. a. O. S. 541 ff. Anm. 11.

[18]) S. oben S. 74.

Im zweiten Fall hat der Arbeitgeber zwar keinen im Gesetz als solchen bezeichneten Anspruch auf Beseitigung des Mangels,[19] wohl aber einen Schadensersatzanspruch. Nach § 249 B.G.B. hat er, sofern es sich um die Beschädigung einer Sache handelt, die Wahl, ob er vom Arbeiter Herstellung des ordnungsmässigen Zustands oder Ersatz in Geld verlangen will.[20] Der erstgenannte Anspruch ist kein Geldanspruch; beide Ansprüche sind mit der Lohnforderung konnex.[21]

Es scheinen somit in diesen beiden Fällen alle Voraussetzungen vorzuliegen, an die der § 273 B.G.B. die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts knüpft.[22]

Andere Ansprüche, als die genannten, können für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht in Betracht kommen. Insbesondere darf der Arbeitgeber den fälligen Lohn nicht zu Gunsten eines Anspruchs auf Zurückgabe von Werkzeugen, Dienstkleidern u. s. w. zurückbehalten; denn diese Ansprüche beruhen nicht auf dem Schuldverhältnis des Arbeitsvertrags, sondern auf andern Rechtstiteln, sind also nicht konnex.[23] Der Arbeitgeber darf aber auch nicht die in seinem Gewahrsam befindlichen Sachen des Arbeiters bis zur Erfüllung einer vom Arbeiter nach dem Arbeitsvertrag noch geschuldeten Leistung zurückbehalten; denn auch hier liegt die vom § 273 geforderte Konnexität der beiden Ansprüche nicht vor. Der Klagegrund einer Klage auf Herausgabe solcher Gegenstände ist das Eigentum des klagenden Arbeiters.[24] Bevor nun

---

19) Eine dem § 633 B.G.B. entsprechende Vorschrift fehlt in dem Titel über den Dienstvertrag; es gelten also die allgemeinen Grundsätze; s. o. S. 83.

20) Das Recht zum Rücktritt vom Vertrag hat der Arbeitgeber hier niemals; a. M. Dernburg in der d. Juristenzeitung 8 S. 3; vgl. gegen Dernburg unten Anm. 45.

21) A. M. wohl nur Lößer (Gewerbeinspektor) in der Soz. Pr. 12 S. 419: die Schadensersatzklage für das Verderben von Waren, Verlust an Werkzeugen entspringe „neben dem Arbeitsverhältnis, nicht aus demselben“. Diese Ansicht ist juristisch unhaltbar; die Schadensersatzforderung gründet sich hier stets auf kontraktliches Verschulden des Arbeiters. Nach der Ansicht von Lößer müßte man folgerichtigerweise § 823 B.G.B. anwenden.

22) Wagler im Gew.-G. 6 S. 37; Burchardt S. 38; Lotmar S. 431 Anm. 1 lassen das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 zu, wenn der Arbeitgeber gemäß § 249 B.G.B. Herstellung des früheren Zustands verlange.

23) Vgl. oben § 16 zu Anm. 48; a. M. Lotmar S. 431 Anm. 1; Sinzheimer S. 84 kommt auf Grund seiner Ansicht, daß es bei dem gewerblichen Arbeitsvertrag überhaupt kein Zurückbehaltungsrecht gebe, zu dem Ergebnis, daß es auch nicht zu Gunsten von Naturalansprüchen ausgeübt werden könne; er hat also seine im Gew.-G. 5 S. 141 ausgesprochene Ansicht modifiziert.

24) Ebenso Burchardt S. 39; G.G. Berlin in der Soz. Pr. 11 S. 1370 und Schalhorn daselbst unter Hinweis auf §§ 858, 861 Abs. 1 B.G.B. Es ist hier auch noch

zu der Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht des § 273 B.G.B. in den genannten Fällen anwendbar sei, Stellung genommen wird, bedarf eine andere, mit ihr im Zusammenhang stehende Frage der Erörterung.

Die Voraussetzungen für die Einrede des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 B.G.B. liegen nur vor, wenn der Kläger bezüglich des dem Beklagten zustehenden Gegenanspruchs nicht ohnedies nach dem Gesetz vorleistungspflichtig ist. Ist der Kläger vorleistungspflichtig, so ist die vom Beklagten erhobene Einrede, daß er seine konnexe Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigere, tatsächlich nicht die Retentionseinrede des § 273, sondern die Einrede des nicht erfüllten Vertrags.[25]) Der Beklagte ist also nicht Zug um Zug zu verurteilen; vielmehr ist die Klage glatt abzuweisen.[26]) Der Arbeiter hat nach § 614 B.G.B. vorzuleisten, sofern nicht, was auf dem Gebiet des gewerblichen Arbeitsvertrags wohl kaum vorkommen wird, von den Parteien etwas anderes vereinbart worden ist. Vorleistung kann der Arbeiter nur in dem vom § 321 B.G.B. vorgesehenen Ausnahmefall beanspruchen.[27]) Dagegen kann der Arbeitgeber mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags Abweisung der Klage des Arbeiters erreichen, wenn der Arbeiter Lohn verlangt, den er noch gar nicht verdient hat, wenn er also diejenige Arbeitsleistung noch nicht bewirkt hat, als deren Entgelt er seinen Lohn zu beanspruchen hat. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags kann hier also nur in Frage kommen, wenn beide Ansprüche mit einander korrespondieren, wenn sie synallagmatisch sind.[28])

Anerkannt ist weiterhin, daß der Beklagte, dem der Kläger nicht dem zweiseitigen Vertrag entsprechend gehörig geleistet hat, der Klage die Einrede der nicht gehörigen (unzulänglichen) Erfüllung (exceptio non rite adimpleti contractus) entgegensetzen kann. Diese Einrede muß

---

auf § 4 Z. 3 des Gew.-Ger.-G. zu verweisen, der von diesen Sachen ganz richtig sagt, sie seien dem Arbeitgeber „aus Anlaß des Arbeitsverhältnisses“ übergeben; vgl. auch noch Seufferts Archiv 58 Nr. 30.

25) Über den Unterschied der beiden Einreden vgl. Crome System I § 124 Anm. 10 ff.

26) Ebenso Dernburg II 1 § 94 Z. 4; Crome System II S. 172; auf § 320 B.G.B. hat bezüglich der ganzen hier interessierenden Frage schon Cuno im Gew.-G. 6 S. 37 aufmerksam gemacht.

27) Die Ausnahmebestimmung des § 321 B.G.B. hat für den gewerblichen Arbeitsvertrag keine große praktische Bedeutung; die Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Arbeitgebers wird der Arbeiter meist erst bemerken, wenn er am Zahltag seinen Lohn nicht bekommt. Dann macht er aber erfahrungsgemäß von seinen Rechten aus § 124 Z. 4 G.O. und § 628 Abs. 2 B.G.B. Gebrauch.

28) Vgl. Crome, System des b. R. I § 124 zu Anm. 11.

auch dem Beklagten gegenüber dem vorleistungspflichtigen Kläger zustehen; denn der Kläger ist, solange er nicht ordnungsmäßig geleistet hat, eben so anzusehen, als hätte er nicht vorgeleistet.[29]) Da der Kläger seine Vorleistungspflicht nicht erfüllt hat, so ist er mit seiner Klage abzuweisen.

Wendet man diese Sätze auf die genannten Fälle an, so ergibt sich folgendes:

1. Der Arbeiter, der die Arbeit rechtswidriger Weise stehen läßt, verletzt seine Vertragspflichten. Er hätte noch bis zur ordnungsmäßigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses Arbeit leisten sollen. Es erhebt sich nun die Frage, ob der Arbeiter, der an sich für die bis zu seinem Austritt geleistete Arbeit noch Lohn zu fordern hat, diesen Lohn nur fordern könne, wenn er vorher die noch geschuldete Arbeitsleistung bewirkt, ob er also bezüglich dieser Arbeitsleistung vorleistungspflichtig sei. Bei der Entscheidung dieser Frage kommt der begriffliche Unterschied zwischen Zeitlohnvertrag und Akkordlohnvertrag wieder einmal deutlich zur Erscheinung.

Bei dem Zeitlohnvertrag stehen in dem synallagmatischen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung die tatsächliche Arbeitsleistung ohne Rücksicht auf ihre zeitliche Fortsetzung und die Forderung des damit verdienten Lohns. Der im Zeitlohn stehende Arbeiter hat erfüllt, wenn er gearbeitet hat; auf die zeitliche Ausdehnung des Arbeitsverhältnisses kommt es hier für die Frage der Erfüllung nicht an. Der Zeitlöhner erfüllt in. jedem Augenblick der maßgebenden Arbeitszeit, den er zur Arbeit vertragsmäßig ausnützt, und hat mit dieser Erfüllung seinen Lohn verdient, den er mit dem Eintritt der Fälligkeit verlangen kann. Gerade diese Vergütung der tatsächlich aufgewendeten Arbeitszeit ohne Rücksicht auf andere Umstände bildet das bezeichnende Merkmal des Zeitlohnvertrags, wie er sich in der Praxis herausgebildet hat. Dem Ausgeführten zufolge kann bei dem Zeitlohnvertrag der Arbeitgeber der Forderung des kontraktbrüchigen Arbeiters auf Auszahlung seines bis zu seinem Austritt verdienten Lohns niemals mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags die Lohnzahlung von der vorherigen Be-

[29]) Vgl. Dernburg II 1 § 94; die mangelhafte Leistung ist nicht identisch mit Nichtleistung (vgl. Staub in der Guttentagschen Festschrift für den 26. Juristentag [1902] S. 32), wohl aber begründet auch sie anerkanntermaßen die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Vgl. auch Metzges in der d. Juristenzeitung 7 S. 46, der aber die synallagmatische Bedeutung der erwähnten Einrede nicht genügend würdigt. Die Beweislast trifft unbestrittenermaßen den seinen Lohn einklagenden Arbeiter; sie geht aber auf den Arbeitgeber über, wenn er die mangelhafte Arbeit als Erfüllung angenommen hat (§ 363 B.G.B).

wirkung der noch geschuldeten Arbeitsleistung abhängig machen. Für diese Einrede bietet der Zeitlohnvertrag keinen Raum.[30])

Anders liegt die Sache bei dem Akkordlohnvertrag. Hier ist nach dem im Vertrag zum Ausdruck kommenden Willen der Parteien anzunehmen, daß der Lohn nicht schon mit der Ausnützung jedes Teils der maßgebenden Arbeitszeit, sondern erst mit der Fertigstellung des Stücks, der Akkordarbeit verdient sein solle. Der Akkordlohn ist erst nach Beendigung der Akkordarbeit „verdient".[31]) Hier steht also die ganze Lohnforderung in einem synallagmatischen Verhältnis zu dem Anspruch des Arbeitgebers auf Fertigstellung der Akkordarbeit. Verläßt der im Akkordlohn stehende Arbeiter die Arbeit rechtswidrig vor Fertigstellung der Akkordarbeit, so steht dem Arbeitgeber gegenüber der Klage des Arbeiters auf Auszahlung des ganzen Akkordlohns die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu. Verlangt der Arbeiter mit Rücksicht darauf, daß er nur teilweise geleistet, die Akkordarbeit z. B. zur Hälfte hergestellt hat, einen Teil des Akkordlohns, so kann der Arbeitgeber, falls er kein Interesse an der „teilweisen beiderseitigen Erfüllung des Vertrags"[32]) hat, nach § 326, 325 B.G.B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 B.G.B. verlangen[33]) oder vom ganzen Vertrag zurücktreten. Dieser Fall wird in

---

30) Sinzheimer S. 64 kommt zu einem ähnlichen Ergebnis, indem er die Einrede versagt, wenn die bewirkte Teilleistung als eine selbständige, in sich abgeschlossene Leistung anzusehen sei, da hier zwischen Teilleistung und der ihr entsprechenden Gegenleistung ein selbständiges synallagmatisches Verhältnis geschaffen werde. Für die Frage der Selbständigkeit verweist er auf die Lohnzahlungsperioden; einen Unterschied zwischen Zeitlohn- und Akkordlohnvertrag macht er nicht ausdrücklich.

31) Durch etwaige Abschlagszahlungen wird die Frage der Fälligkeit des ganzen Akkordlohns nicht berührt.

32) Vgl. Entsch. des R.G. in C.S. 50 S. **143**.

33) Sinzheimer S. 60 meint, falls der Arbeitgeber hier Schadensersatz beanspruche, so verwandle sich nach §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2 in Verbindung mit 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 2, 346–356 B.G.B. die Lohnforderung in einen gewöhnlichen Anspruch, gegen den Aufrechnung möglich sei. Er nimmt an, durch die Ausübung des Rechts auf Schadensersatz werde hier das Arbeitsverhältnis hinfällig und an seine Stelle trete ein „neues Schuldverhältnis, dessen Inhalt durch § 346 bestimmt werde und das dem Arbeiter bezüglich seiner tatsächlich geleisteten Dienste nur eine condictio sine causa, also einen pfändbaren Anspruch gewähre". Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Wie das Reichsgericht (vgl. Entsch. in C.S. 50 S. 263 ff. und die dort zitierte Literatur) in überzeugender Weise für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung im Sinn des § 326 Abs. 1 B.G.B. ausgeführt hat, tritt an Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Parteien ein Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Ersatz des infolge seines Verzugs eingetretenen Schadens. Dieser allgemeine Satz hat

der Praxis außerordentlich selten vorkommen; denn dem Arbeitgeber stehen meist soviel geschulte Arbeitskräfte zur Verfügung, daß er die angefangene Arbeit durch einen andern Mann vollenden lassen kann. Einen Nachteil erleidet der Arbeitgeber aber hier erfahrungsgemäß insofern, als er dem Übernehmer der empfangenen Arbeit mehr Lohn bezahlen muß, als dem ersten Arbeiter. Diesem Umstand wird durch die Anwendung des § 320 Abs. 2 B.G.B. Rechnung getragen; dieser § 320 Abs. 2 enthält, wie sich aus der Vergleichung mit § 325 ergibt, die maßgebende Vorschrift für den Fall, daß die Teilleistung für ihren Empfänger ein Interesse hat. Daß § 320 Abs. 2 sich nicht bloß auf die Zug um Zug zu erfüllenden Verträge, sondern auch auf die Verträge bezieht, bei denen der Kontrahent, der nur teilweise erfüllt hat, vorleistungspflichtig ist, darf mit Sicherheit angenommen werden.[34]) Der Arbeitgeber kann hiernach die Lohnzahlung insoweit nicht verweigern, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles der Arbeitsleistung, gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Positiv gesagt: Der Arbeitgeber darf die Lohnzahlung insoweit verweigern, als dies Treu und Glauben nach Lage der Umstände entspricht.[35]) Liegen die Umstände so, daß der Arbeiter die Akkordarbeit halbfertig hat stehen lassen, so entspricht es sicher Treu und Glauben, wenn man den Arbeitgeber verpflichtet, für die halbfertige Arbeit denjenigen Geldbetrag zu bezahlen, der dem Wert der Arbeitsleistung entspricht, den sie in ihrem halbfertigen Zustand für den Arbeitgeber hat.[36])

2. Hat der Arbeiter schuldhafter Weise mangelhafte Arbeit geleistet, so steht ihm, wenn er für die Leistung eben dieser mangelhaften Arbeit Lohn verlangt, die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags entgegen.[37])

---

natürlich Gültigkeit für alle gegenseitigen Verträge und für den § 325 ebenso wie für den § 326 B.G.B. Hat die teilweise Erfüllung des Vertrags für den Arbeitgeber also kein Interesse, so hat der Arbeiter überhaupt keinen Lohnanspruch, sondern der Arbeitgeber nur einen Schadensersatzanspruch; Aufrechnung kommt also gar nicht in Frage.

[34]) Ebenso Lotmar S. 374 und wohl auch Crome System II § 169 zu Anm. 35; es geht auch aus der Entstehungsgeschichte des § 320 (Mot. II S. 202 zu § 363 und Prot. I S. 628 ff.) hervor, daß die im Text vertretene Ansicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht; vgl. oben S. 68 zu Anm. 2.

[35]) Vgl. R.G. in Seufferts Archiv 54 Nr. 214 in einem gemeinrechtlichen Fall.

[36]) Man käme somit hier zu einem ähnlichen Ergebnis, wie das B.G.B. bei dem Werkvertrag (vgl. § 633—636). Über die Lohnberechnung nach § 628 Abs. 1 B.G.B. vgl. unten § 22 zu Anm. 34.

[37]) Vgl. Metzges in der d. Juristenzeitung 7 S. 47, der aber den synallagmatischen Charakter dieser Einrede verkennt, wenn er meint, daß der Arbeitgeber den

Dagegen kann der Arbeitgeber diese Einrede nicht gegen die Forderung desjenigen Lohnbetrags erheben, den der Arbeiter für die Bewirkung anderer, ordnungsmäßig geleisteter Arbeit verlangt. Denn nur im ersteren Fall stehen Arbeitsleistung und Lohnforderung zu einander in einem synallagmatischen Verhältnis. Der Arbeitgeber ist nach § 363 B.G.B. beweispflichtig, wenn er die Arbeit, also hier das Ergebnis der Arbeitsleistung als vertragsmäßig angenommen hat. Hat er übrigens die Arbeit widerspruchslos abgenommen, so wird hierin sehr häufig ein Verzicht auf jede Art der Rüge zu erblicken sein.[38]) Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags ist gleichermaßen bei dem Zeitlohnvertrag wie bei dem Akkordlohnvertrag anwendbar. Bei dem Zeitlohnvertrag ist insbesondere die Annahme, daß der Arbeiter seinen Lohn für „die Arbeit als solche" ohne Rücksicht darauf, ob sie gehörig oder nicht gehörig geleistet worden sei, nicht begründet. Denn wenn der Gesetzgeber, bedauerlicher Weise, auch für den Arbeitsvertrag keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Minderung der Gegenleistung wie bei dem Kaufvertrag und Werkvertrag gegeben hat, so sind damit selbstverständlich die allgemeinen Rechtssätze über die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags nicht beseitigt. Daß aber bei einer dem § 157 B.G.B. entsprechenden Auslegung des Vertragswillens der Parteien dieser als dahingehend angesehen werden muß, daß der Arbeiter eine ordnungsmäßige Arbeitsleistung zu bewirken habe, ist selbstverständlich. Leistet der Arbeiter schuldhafter Weise mangelhafte Arbeit, so hat er seine Vertragspflichten nicht gehörig erfüllt.

Fraglich ist, ob der § 320 Abs. 2 B.G.B. auch auf die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags anwendbar sei. Man kann allerdings geltend machen, der § 320 Abs. 1 beziehe sich nur auf quantitativ nicht vollständige, nicht auf qualitativ ungenügende Leistungen.[39]) Allein der Wortlaut der Bestimmung zwingt nicht absolut zu dieser Annahme. Da der dem § 320 Abs. 2 zu Grunde liegende Gedanke, daß der nicht-

---

ganzen Lohn in Höhe eines verursachten Schadens einbehalten könne, wenn er eine diesbezügliche Vereinbarung mit dem Arbeiter getroffen habe. Sofern diese Vereinbarung sich auf den der Arbeitsleistung entsprechenden Teil des Lohns bezieht, wiederholt sie nur die gesetzlichen Bestimmungen über die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags. Darüber hinaus stellt sie einen unzulässigen Aufrechnungsvertrag dar. Vgl. ferner G.G. Karlsruhe im Gew.-G. 6, S. 22, das ebenso wie Metzges zu weit geht. A. M. G.G. Berlin daselbst S. 21, das aber später (Soz. Pr. 12 S. 243) die im Text vertretene Ansicht angenommen hat.

[38]) Mot. II S. 205.

[39]) Vgl. Scherer Anm. 13 zu § 611 B.G.B.

säumige Teil sich nicht auf Kosten des säumigen bereichern solle, auch auf die qualitativ ungenügende Leistung zutreffen kann, so wird man berechtigt sein, ihn auch hier anzuwenden.[40]) Der Arbeitgeber hätte also soviel Lohn zu bezahlen, als die Arbeit in ihrem mangelhaften Zustand für ihn Wert hat.[41])

Das Ergebnis der angestellten Betrachtungen ist also folgendes: Für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts im Sinn des § 273 B.GB. ist jedenfalls insoweit kein Raum, als der Arbeitgeber die Einrede des nicht erfüllten, bezw. des nicht gehörig erfüllten Vertrags erheben kann. Insoweit diese Einrede zutrifft, kann von Aufrechnung gar nicht die Rede sein.

Es bleibt nunmehr noch die Frage zu erörtern, ob der Arbeitgeber von dem Zurückbehaltungsrecht nach § 273 nicht zu Gunsten derjenigen Ansprüche Gebrauch machen kann, für welche er durch die erwähnte Einrede nicht gedeckt wird. Hier[42]) können nur folgende Ansprüche praktisch in Frage kommen: Einmal der Anspruch auf Fortsetzung der Arbeit, bezw. der Schadensersatzanspruch, der dem Arbeitgeber gegen den im Zeitlohn stehenden Arbeiter, der die Arbeit rechtswidrig verlassen hat, zusteht. Es fragt sich, ob der Arbeitgeber an dem bis zum Tag seines Austritts verdienten Lohn das Zurückbehaltungsrecht ausüben könne. Und dann der Anspruch auf Ersatz des Schadens, den der Arbeiter, der schuldhafter Weise mangelhafte Arbeit geleistet hat, dem Arbeitgeber an Material, Werkzeugen u. s. w.[43]) verursacht hat. Es fragt sich hier, ob der Arbeitgeber auch an dem für die Bewirkung anderer, brauchbarer Arbeiten verdienten Lohn das Zurückbehaltungsrecht ausüben könne.

Die aufgeworfene Frage ist zu verneinen.

Zunächst ist folgendes hervorzuheben:

Der Anspruch auf Fortsetzung der Arbeit, den der Arbeitgeber gegen den vertragsbrüchigen Arbeiter hat, ist zeitlich beschränkt. Denn dem rechtswidrigen Austritt des Arbeiters ist die Bedeutung der ord-

---

[40]) Ebenso Dernburg II 1 § 94 und wohl auch Lotmar S. 374; G.G. Karlsruhe im Gew.-G. 6 S. 22.

[41]) Vgl. oben Anm. 31; G.G. Offenbach im Gew.-G. 8 S. 25; vgl. auch Wolff, der Gewerbetreibende und sein Recht in der kaufm. Bibliothek von Huberti, S. 86.

[42]) Es ist hier nur von den Naturalansprüchen im Sinn des oben zu Anm. 18–20 Gesagten die Rede; daß Schadensersatzansprüche in Geld nicht in Betracht kommen können, ist bereits oben dargelegt worden.

[43]) Auch eine Konventionalstrafe, die der Arbeitgeber seinen Kunden wegen nicht rechtzeitiger Lieferung bezahlen muß, gehört hierher.

nungsmäßigen Kündigung als des zulässigen minus beizumessen.[44]) Mit dem Ablauf der Kündigungsfrist erlischt daher sein Anspruch auf Arbeitsleistung; es bleibt ihm nur noch ein Geldanspruch, der sich, falls der Arbeiter am Zahltag seinen verfallenen Lohn verlangt hat, weder zur Kompensation, noch zur Retention eignet. Der dem Arbeitgeber aus der mangelhaften Arbeitsleistung erwachsende Anspruch auf Herstellung des Zustands, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 B.G.B.), wird nicht selten, so z. B. bei Materialschäden, deshalb keine große Bedeutung haben, weil die Herstellung dieses Zustands gar nicht mehr möglich sein wird, sodaß der Arbeitgeber nach § 251 B.G.B. nur einen Geldanspruch erheben kann.[45]) Wollte man bezüglich dieser Naturalansprüche das Zurückbehaltungsrecht auch zulassen, so wäre seine Ausübung im erstgenannten Fall nur in zeitlicher Beschränkung, im zweiten häufig gar nicht möglich.

Die Unzulässigkeit der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 bezüglich der erwähnten Naturalansprüche ergibt sich nun aber ebenso wie bei Geldforderungen aus dem Inhalt, den der Gesetzgeber

---

[44]) Ist bei Akkordarbeit vereinbart, daß jede Kündigungsfrist gegenseitig aufgehoben sein solle, daß aber beide Parteien das Arbeitsverhältnis nur nach Fertigstellung der übernommenen Arbeiten lösen können, so ist als ordnungsmäßiger Endtermin des Arbeitsverhältnisses der Zeitpunkt anzusehen, in dem die Arbeit normaler Weise beendigt worden wäre; im übrigen s. oben S. 72.

[45]) Wenn Dernburg in der d. Juristenzeitung 8 S. 3 sagt, die Beseitigung des Schadens könne auch sehr wohl durch den Rücktritt vom ganzen Vertrag erfolgen, wenn er eben in anderer Weise nicht beseitigt werden könne, so kommt er mit diesem Satz mit dem § 251 B.G.B., der für diesen Fall ausdrücklich nur Geldersatz vorschreibt, in Widerspruch. Das B.G.B. trennt Schadensersatz und Rücktritt vom Vertrag so scharf (vgl. z. B. §§ 323—326), daß es nicht angängig ist, in den § 251 ein Rücktrittsrecht, das der Gesetzgeber eben offenbar hier im Gegensatz zu §§ 325, 326 nicht geben wollte, hineinzuinterpretieren. Den Widerspruch mit § 251 vermeidet Staub in der Guttentagschen Festschrift für den 26. Juristentag (1902) S. 31, in dem er den Satz aufstellt, bei der Vornahme positiver Rechtsverletzungsakte, durch welche die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet werde (z. B. fehlerhafte Leistung), sei die analoge Anwendung sowohl des § 286 als des § 326 B.G.B. gerechtfertigt. Ob die Praxis in der Anwendung der Analogie so weit gehen wird wie Staub (vgl. oben S. 84), ist noch fraglich. Für den gewerblichen Arbeitsvertrag steht der analogen Anwendung des § 326, nicht aber der des § 286 B.G.B. der Umstand entgegen, daß der § 123 G.O. die mangelhafte Arbeitsleistung als Entlassungsgrund nicht anerkennt. Da Rücktritt vom Vertrag und sofortige Entlassung sich im Erfolg praktisch meist decken, so würde man hier offenbar durch die analoge Anwendung des § 326 B.G.B. eine Korrektur des Gesetzes vornehmen. Dies ist doch wohl nicht angängig.

dem Schuldverhältnis des Arbeitsvertrags gegeben hat.[46]) Wie bereits oben[47]) ausgeführt worden ist, ergibt sich aus dem Aufrechnungsverbot des § 394 B.G.B. mit zwingender Notwendigkeit, daß bei sich gegenüberstehenden Geldforderungen der Arbeitgeber insoweit, als die Aufrechnung verboten ist, zur Vorleistung verpflichtet ist und daher nicht retinieren darf. Warum sollte bei den erwähnten Naturalansprüchen etwas anderes gelten? Etwa deshalb, weil der Gesetzgeber an dieses Zurückbehaltungsrecht bei der Lohnforderung gar nicht gedacht und aus diesem Grund eine dem § 394 entsprechende Vorschrift dem § 273 nicht ausdrücklich angefügt hat? Dies kann man im Hinblick auf die im § 394 und im L.B.Ges. deutlich zum Ausdruck gekommene Tendenz des Gesetzgebers, dem Arbeiter den Empfang seines verdienten Lohns am Zahltag unter allen Umständen zu sichern, doch nicht wohl annehmen. Man muß vielmehr gerade daraus, daß der Arbeitgeber sogar bei Geldforderungen vorzuleisten hat, den Schluß ziehen, daß er grundsätzlich vorleistungspflichtig ist ohne Rücksicht auf den Gegenstand seiner Gegenforderung. Daß mit dieser Schlußfolgerung der Sinn des Gesetzes richtig wiedergegeben ist, beweist auch der § 888 Abs. 2 C.P.O., wonach der Anspruch auf Leistung von Arbeit (Diensten) aus einem Dienstvertrag im Stadium der Vollstreckung vollständig versagt. Der Gesetzgeber lehnt hier ausdrücklich jeden Zwang zur Arbeitsleistung ab und gibt dem Arbeitgeber, falls der Arbeiter einen ihm zur Leistung von Arbeit verurteilenden Erkenntnis keine Folge leistet, nur einen subsidiären Schadensersatzanspruch in Geld.[48]) Durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts zu Gunsten des Anspruchs auf Fortsetzung der Arbeit würde aber der Arbeitgeber einen Zwang auf den Arbeiter ausüben, dessen Zulässigkeit mit dem Inhalt des § 888 Abs. 2 C.P.O. nicht wohl in Einklang zu bringen wäre.[49]) Wenn der Gesetzgeber ausdrücklich

---

46) Ebenso Sinzheimer S. 84; Lotmar S. 431 bezüglich des Anspruchs auf Fortsetzung der Arbeit; Lotmar bezeichnet das Ergebnis, daß der zur Vorleistung verpflichtete Arbeiter behufs Erlangung des Entgelts nicht bloß die zu entgeltende Leistung beschafft, sondern auch darüber hinaus noch mit einer neuen Leistung begonnen haben müsse, als absurd.

47) Vgl. oben S. 116.

48) § 893 C.P.O.; § 51 Gew.-Ger.-G.

49) Auch der Anspruch auf Herstellung des früheren Zustands bei Schäden kann vom Arbeiter häufig nur durch persönliche Arbeitsleistung erfüllt werden. Dagegen kann z. B. in der Arbeitsordnung bestimmt werden, daß der Arbeiter, der ein durch mehrere Hände gehendes Stück mangelhaft bearbeitet, gegen Empfang des mangelhaften Stücks dem Arbeitgeber die Selbstkosten eines brauchbaren Stücks zu bezahlen habe

jeden Arbeitszwang im Vollstreckungsweg ablehnt, so muß angenommen werden, daß auch ein auf andere Weise ausgeübter Arbeitszwang, also insbesondere die Anwendung des Zurückbehaltungsrechts vom Gesetzgeber, der den Inhalt des Arbeitsvertrags in dieser Beziehung eben anders als bei den andern Verträgen gestaltet hat, nicht als zulässig angesehen wird.

Das Ergebnis der vorstehenden Erörterungen ist folgendes:

1. Die Einrede des nicht, bezw. des nicht gehörig erfüllten Vertrags kann der Arbeitgeber gegen die Lohnforderung nur erheben:
   a) wenn der Arbeiter eine übernommene Akkordarbeit rechtswidrig unvollendet läßt und seinen Akkordlohn ganz oder teilweise verlangt,
   b) wenn der Arbeiter schuldhafter Weise ungenügende Arbeit leistet und den dieser Arbeitsleistung entsprechenden Lohn verlangt.

   In beiden Fällen muß der Arbeitgeber dem Arbeiter denjenigen Teil des Lohns bezahlen, der dem Wert entspricht, welchen die bewirkte Arbeitsleistung für den Arbeitgeber hat.
2. Dem Arbeitgeber steht die Einrede des Zurückbehaltungsrechts im Sinn des § 273 B.G.B. gegen die Lohnforderung, insoweit als die Aufrechnung nach § 394 B.G.B. unzulässig ist, in keinem Fall zu.

§ 19.

Lohneinbehaltung, Lohnverwirkung und Geldstrafen.

Schon bei den §§ 115—118 G.O. war die Frage zu erörtern, ob die Bestimmungen der Gewerbeordnung nicht durch das Aufrechnungsverbot des § 394 B.G.B. eine Modifikation erfahren haben. [1]) Dieselbe Frage erhebt sich bei den §§ 119 a, 134 Abs. 2, 134 b Z. 4 G.O.

Der Erörterung dieser Bestimmungen im einzelnen ist eine allgemeine Bemerkung vorauszuschicken. Die Gewerbeordnung bestimmt im § 119 a nicht, daß das Recht der Lohneinbehaltung zu dem dort genannten Sicherungszwecke dem Arbeitgeber, falls er das Einverständnis seines Arbeiters hierzu hat, zustehe. Ebensowenig ist in § 134 Abs. 2 G.O. bestimmt, daß der Fabrikant mit mehr als zwanzig Arbeitern für

(§ 249 B.G.B.). Auch dieser Anspruch des Arbeitgebers eignet sich aber weder zur Aufrechnung, noch zur Zurückbehaltung.

[1]) Vgl. oben S. 91.

den Fall der rechtswidrigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter die Verwirkung eines noch nicht ausbezahlten Lohnbetrags ausbedingen dürfe. Vielmehr enthalten die §§ 119a u. 134 Abs. 2 G.O. nur eine Beschränkung der Abrede der Lohneinbehaltung und der Lohnverwirkung, insofern als ein Maximalbetrag für beide Fälle festgesetzt ist. Beide Paragraphen gehen also offensichtlich nur von der Zulässigkeit dieser Abreden aus.[2]) Dieser Ausgangspunkt war zur Zeit ihrer Entstehung auch ganz richtig; denn damals hat das Verbot der gesetzlichen Aufrechnung auf dem vom § 394 B.G.B. abgesteckten Gebiete noch nicht bestanden. Die erwähnten Abreden haben einen rein privatrechtlichen Charakter. Sobald sich aus dem B.G.B. ihre Unzulässigkeit im allgemeinen ergibt, werden die §§ 119a u. 134 Abs. 2 G.O. gegenstandslos. Zum Beweis für die Richtigkeit dieser Ansicht braucht man sich nicht auf die vielfach angefochtene Auslegungsregel: cessante legis ratione cessat lex ipsa zu berufen; vielmehr ist hier schon folgende Erwägung ausschlaggebend: Der Gesetzgeber wollte zweifellos durch die Bestimmungen der §§ 119a u. 134 Abs. 2 G.O. den Arbeiter schützen. Ergibt sich nun aus dem B.G.B., also aus dem neueren, allgemeinen Gesetz ein noch weiter gehender Schutz, so würde man zu einem geradezu widersinnigen Resultat kommen, wenn man etwa annehmen wollte, die Abreden der Lohneinbehaltung und Lohnverwirkung seien zwar nach dem B.G.B. ungültig, sie seien aber in den spezialgesetzlichen Bestimmungen der §§ 119a u. 134 Abs. 2 G.O. als zulässig vorausgesetzt und darum auch als vom Spezialgesetz zugelassen zu behandeln. Widersinnig wäre dieses Resultat deshalb, weil sich hier das vom Gesetzgeber dem Arbeiter zugedachte privilegium favorabile in ein privilegium odiosum verwandeln würde. Die Frage, ob die genannten Abreden noch zulässig seien, ist daher lediglich nach dem B.G.B. zu entscheiden.[3])

Über die Frage, in welcher Weise Geldstrafen, deren Verhängung sich der Arbeitgeber für gewisse Fälle vertragsmäßig ausbedingt, zu vollstrecken seien, ob durch direkten Einzug oder Aufrechnung oder sonstwie, enthält die G.O. überhaupt keine Bestimmung. Die Fabrik-

---

[2]) Ebenso Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 92 ff.; Köhne, die Arbeitsordnungen S. 198 übersieht dies, wenn er von Kautionen spricht, die „durch §§ 119a u. 134 Abs. 2 G.O. ausdrücklich in ganz bestimmten Grenzen zum Zwecke der Sicherung gegen widerrechtliche Lösung des Arbeitsverhältnisses zugelassen sind"; auf ähnlichen Irrwegen bewegen sich die Ausführungen von Günther im Gew.-G. 7 S. 83.

[3]) Dies wird auch wohl allgemein anerkannt; vgl. Sinzheimer a. a. O. u. S. 115; a. M. jedoch Köhne a. a. O.

arbeitsordnung muß nach § 134 b Z. 4 G.O. lediglich Bestimmungen über die Art und Höhe der Strafen, über die Art ihrer Festsetzung und, wenn sie in Geld bestehen, über ihre „Einziehung“ und über den Zweck, für welchen sie verwendet werden sollen, enthalten. Für die Frage, welche Einziehungsarten zulässig seien, gibt die Gewerbeordnung lediglich keine Vorschriften; diese Frage kann also nur nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts beantwortet werden.

Im einzelnen ist nunmehr noch folgendes zu bemerken:

1. Der § 119 a G.O. bezieht sich nur auf Lohneinbehaltungen, welche von Gewerbeunternehmern zur Sicherung des Ersatzes eines ihnen aus der widerrechtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses erwachsenden Schadens oder einer für diesen Fall verabredeten Strafe ausbedungen werden. Er berührt also Lohneinbehaltungen zu andern Zwecken, z. B. Sicherung einer Schadensersatzforderung wegen fehlenden Werkzeugs, Materialbeschädigung u. s. w. in keiner Weise; in diesen andern Fällen ist die Abrede der Lohneinbehaltung nach der G.O. überall zulässig. [4]) Nach § 133 c G.O. bezieht sich der § 119 a auf Angestellte im Sinn des § 133 a G.O. nicht.

Es wäre zu wünschen, daß der Begriff der Lohneinbehaltung, wie er im Anschluß an den § 119 a G.O. zu prägen ist, sich in der Praxis als technischer Begriff einbürgern möchte; es würde dadurch mancher Irrtum in der Rechtsanwendung vermieden. [5]) Die Lohneinbehaltung ist begrifflich etwas ganz anderes [6]) als die Aufrechnung und die Zurückbehaltung, wie sie bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrags und der Retentionseinrede im Sinn des § 273 B.G.B. zur Erscheinung kommt. Der Arbeitgeber, der am Zahltag eine Gegenforderung durch Lohnabzug vollstreckt, sagt freilich häufig: Ich behalte an dem Lohn den Betrag von 10 ℳ ein; er will damit aber sagen: Ich rechne in Höhe von 10 ℳ mit meiner Gegenforderung auf. Allein durch diesen Sprach-

---

[4]) Hierüber besteht wohl allseitiges Einverständnis; vgl. Lotmar S. 445; Schenkel Anm. 2 zu § 119a G.O.; Schicker Anm. 2 zu § 119a G.O.; Nelken S. 545.

[5]) Vgl. Lotmar S. 432 ff. In den Ausführungen von Willner (Gewerbeinspektor) im Gew.-G. 6 S. 17 und Köhne, die Arbeitsordnungen S. 195 u. 196 und insbesondere in den Urteilen des G.G. Ludwigshafen (Gew.-G. 5 S. 198 u. 6 S. 351) ist der Unterschied der nur künftige Ansprüche sichernden Lohneinbehaltung und der Aufrechnung vollständig verwischt (vgl. unten Anm. 8); Lößer (Gewerbeinspektor) Soz. Pr. 12 S. 419 behandelt die Lohneinbehaltung im Sinn des § 119a G.O. als Zurückbehaltung nach § 273 B.G.B., ohne ihre juristische Verschiedenheit zu erkennen.

[6]) Ebenso Lotmar S. 435 ff.

gebrauch des Laien darf sich der Richter, der das wahre Wesen der Rechtsvorgänge zu erforschen hat, den Blick nicht trüben lassen. [7])

Dem Begriff der Lohneinbehaltung sind alle Fälle zu unterstellen, in denen der Arbeitgeber dem Arbeiter mit seinem Einverständnis am Zahltag seinen fälligen Lohn ganz oder teilweise nicht ausbezahlt, obgleich ihm ein bereits existenter Gegenanspruch auf Bezahlung einer Geldsumme nicht zusteht. Die Zwecke der Lohneinbehaltung können mannigfache sein. Sie kann im Interesse des Arbeiters vereinbart werden (Sparzweck, Anlagezweck). In der Regel wird sie im Interesse des Arbeitgebers zur Sicherung einer ihm vielleicht in Zukunft einmal gegen den Arbeiter erwachsenden Forderung vereinbart (Kautionszweck); der § 119 a G.O. insbesondere bezieht sich nur auf die Sicherung eines dem Arbeitgeber zur Zeit der vereinbarten Lohneinbehaltung noch nicht erwachsenen, sondern erst in Zukunft vielleicht erwachsenden Schadensersatzanspruchs wegen rechtswidriger Lösung des Arbeitsverhältnisses. [8])

Privatrechtlich [9]) ist die Lohneinbehaltung nach dem Recht, das bis zum 1. Januar 1900 in Geltung gewesen ist, nur auf Grund einer Vereinbarung der Parteien gültig gewesen; gegen den Willen des Arbeiters darf der Arbeitgeber niemals, weder nach altem, noch nach neuem Recht den Lohn des Arbeiters einbehalten. Die Frage, ob der Arbeitgeber überhaupt berechtigt sei, selbst im Einverständnis mit dem Arbeiter

---

7) Das G.G. Ludwigshafen sagt a. a. O., die widerrechtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtige den Arbeitgeber zur Lohneinbehaltung nur nach § 119 a G.O. Diese Meinung ist falsch; denn der § 119 a bezieht sich nicht auf kompensable Ansprüche. Wäre sie richtig, so wäre die Aufrechnung schon vor dem 1. Januar 1900 durch § 119 a G.O. ganz wesentlich beschränkt gewesen. Davon war weder in der Theorie, noch in der Praxis die Rede.

8) Ebenso Schenkel Anm. zu § 119 a G.O.; Lotmar S. 437; Nelken S. 545; Burchardt S. 31. Die Richtigkeit der im Text vertretenen Ansicht ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des § 119 a G.O., wie aus seiner Entstehungsgeschichte und seinem Verhältnis zu § 124 b G.O. Die hier bekämpfte Ansicht (Anm. 5), daß der § 119 a G.O. sich auch auf kompensable Ansprüche beziehe, muß zu dem gewiß widersinnigen Ergebnis kommen, daß der Arbeitgeber nach der G.O., also jedenfalls bis zum 1. Jan. 1900 seine Schadensersatzforderung gegen die Lohnforderung des Arbeiters unbeschränkt aufrechnen kann, wenn er weder eine Lohneinbehaltungs-, noch eine Lohnverwirkungsabrede getroffen hat, daß er dagegen auf Grund einer Lohnverwirkungsabrede ohne vorherige Lohneinbehaltung nichts behalten darf! Denn §§ 119 a u. 134 Abs. 2 G.O. setzen ja solche Abreden voraus; vgl. unten Anm. 29.

9) Auf dem öffentlichen Recht beruhen die von den Versicherungsgesetzen zugelassenen Lohnabzüge; leider ist auch hier der Sprachgebrauch der Gesetze kein einwandfreier; vgl. Lotmar S. 433, 434.

seinen fälligen Lohn am Zahltag zur Sicherung eines zukünftig vielleicht entstehenden Gegenanspruchs ganz oder teilweise einzubehalten, ist seit dem Inkrafttreten des B.G.B. vielfach erörtert worden.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die zu Kautionszwecken erfolgende Lohneinbehaltung dem Arbeitgeber nur die gesicherte Möglichkeit der Aufrechnung eröffnen soll.[10]) Mit Rücksicht hierauf ist nun gesagt worden, daß die Lohneinbehaltungsabrede unter allen Umständen ungültig sei, weil sie auf einem Umweg das vom Gesetzgeber in § 394 B.G.B. mißbilligte Ziel zu erreichen suche.[11])

Bei der Erörterung dieser Streitfrage ist zwischen zwei Fällen zu unterscheiden:

a) Der Arbeitgeber behält auf Grund des ihm am Zahltag selbst vom Arbeiter erklärten Einverständnisses Lohn ein. Diese Lohneinbehaltung ist durchaus zulässig. Wie schon oben dargelegt worden ist,[12]) ist der Arbeiter am Zahltag zu jeder Verfügung über seinen Lohn, also auch zu einer Verfügung zu Gunsten des Arbeitgebers z. B. im Weg der Aufrechnung berechtigt. Warum sollte er nicht berechtigt sein, diesen Lohn dem Arbeitgeber zu Kautionszwecken, also zur Ermöglichung einer späteren Aufrechnung zu überlassen? Der Wille des Gesetzgebers, nach dem dem Arbeiter am Zahltag die Möglichkeit des baren Empfangs seines Lohns gesichert werden soll, wird ja nicht verletzt. Der Arbeiter ist nicht gezwungen, am Zahltag sein Einverständnis zur Lohneinbehaltung zu erklären. Die künftige Aufrechnung erfolgt nicht gegen die zur Zeit der Geltendmachung der Gegenforderung erst fällig werdende Lohnforderung, sondern gegen die stehengebliebene, die kreditierte Lohnforderung. Dieser am Zahltag nicht eingeforderte Lohn ist ebenso wie bei der Stundung dem Schutz des L.B.Ges. und des § 394 B.G.B. entzogen.[13]) Die Forderung ist immer noch eine Lohn-

---

10) Dies ist bei der Beratung des § 119a G.O. im Reichstag (Prot. v. 1890/91 B. 2 S. 1694 ff.) allseitig, auch von dem Vertreter der Regierung, anerkannt worden.

11) So Stadthagen S. 140, 141, 152, der diese Abreden mit dem auch sonst bei ihm in großer Gunst stehenden Argument des Verstoßes wider die guten Sitten bekämpft; vgl. auch Lotmar S. 451 und Köhne, die Arbeitsordnungen, für die nicht unter § 119a G.O. fallenden Kautionen.

12) Vgl. oben S. 105 ff.

13) Ebenso Sigel im Gew.-G. 6 S. 40; Gaupp-Stein Anm. 36 zu § 850 C.P.O.; Schicker Anm. 2 zu § 119a G.O.; Sinzheimer S. 108 konstruiert die Lohneinbehaltungsabrede als Lohnverpfändung und erklärt sie für nichtig, soweit es sich um eine Lohnforderung im Sinn des L.B.Ges. handle; um eine solche handelt es sich in dem im Text vorausgesetzten Fall eben nicht, weil sie am Zahltag nicht geltend gemacht

forderung, [14]) aber eben keine privilegierte Lohnforderung mehr. Eine Umgehung des § 394 B.G.B. liegt hier durchaus nicht vor. Wenn die Aufrechnung, die der Arbeitgeber am Zahltag im Einverständnis mit dem Arbeiter vornimmt, rechtsgültig ist, so ist lediglich nicht einzusehen, warum der Arbeiter nicht etwa denselben Lohnbetrag statt zur sofortigen Aufrechnung dem Arbeitgeber zur Ermöglichung einer künftigen Aufrechnung sollte in seinen Händen lassen dürfen. Am Zahltag kann der Arbeiter mit seinem Lohn anfangen, was er will. Die Lohneinbehaltung zu Kautionszwecken ist also jedenfalls dann zulässig, wenn die sie bedingende Abrede am Zahltag selbst von den Parteien getroffen ist. Daraus folgt ohne weiteres, daß der § 119 a G.O. hier durchaus anwendbar ist. [15]) Nimmt der Arbeitgeber zu einem andern, als zu dem in § 119 a G.O. genannten Zweck am Zahltag im Einverständnis mit dem Arbeiter eine Lohneinbehaltung vor, so ist er nur an die vom § 138 B.G.B. gesetzten Schranken gebunden. [16])

b) Der Arbeitgeber behält am Zahltag auf Grund einer mit dem Arbeiter vorher, z. B. bei Beginn des Arbeitsverhältnisses getroffenen Abrede gegen seinen am Zahltag erklärten Widerspruch Lohn zu Kautionszwecken ein. Dies ist nicht zulässig. [17]) Denn in diesem Fall ist die Lohneinbehaltungsabrede nach § 2 des L.B.Ges. in Verbindung mit § 394 B.G.B. ungültig. Wie bereits oben (S. 45) dargelegt worden ist, ist der Aufrechnungsvertrag (compensatio voluntaria) bezüglich der erst in Zukunft fällig werdenden Lohnforderung ungültig. Wenn nun der Arbeiter, obgleich er dem Arbeitgeber vor dem Zahltag die Befugnis zur Auf-

---

worden ist. Lotmar S. 451 unterscheidet die zwei im Text behandelten Fälle nicht; er läßt die Einbehaltung als Pressionsmittel zur Erfüllung zu, versagt aber die Aufrechnung.

[14]) Ich modifiziere hier meine im Gew.-G. 6 S. 40 geäußerte und von Lotmar S. 450 Anm. 1 beanstandete Ansicht; übrigens ist es hier lediglich ein Streit um Worte, ob man die Forderung als Forderung auf Auszahlung einer gestellten Kaution oder als kompensable Lohnforderung bezeichnet.

[15]) Die Zulässigkeit der dem § 119 a entsprechenden Lohneinbehaltung wird ganz allgemein, also ohne die im Text gemachte Unterscheidung zu a u. b anerkannt von Schicker Anm. 2 zu 119 a; Neukamp im Verwaltungsarchiv 5 S. 226; Nelken S. 525; Fuld in der Zeitschr. für Sozialwissenschaft B. 4 S. 351 ff.; G.G. Berlin in der Soz. Pr. 9 S. 669 u. 10 S. 555.

[16]) Gleicher Ansicht sind jedenfalls die in Anm. 15 genannten Schriftsteller; a. M. Günther im Gew.-G. 7 S. 83, der „den positiven Wortlaut“ des L.B.Ges. offenbar mißverstanden hat.

[17]) Ebenso Sigel im Gew.-G. 6 S. 40 und wohl auch Wagler daselbst S. 36; Sinzheimer S. 108 und Schalhorn in der Soz. Pr. 11 S. 796; a. M. Köhne. die Arbeitsordnungen S. 195 Anm. 4,

rechnung einer bereits fälligen Gegenforderung gegen die zukünftig ihm erwachsende Lohnforderung vertragsmäßig zugestanden hat, seinen Lohn am Zahltag doch voll ausbezahlt verlangen kann, so ist es doch nur folgerichtig, wenn man eine vor dem Zahltag getroffene Abrede ebenfalls für ungültig erklärt, durch welche dem Arbeitgeber die Aufrechnung bezüglich einer ihm erst in Zukunft vielleicht erwachsenden Gegenforderung ermöglicht wird. Dies ist aber bei der Lohneinbehaltung zu Kautionszwecken regelmäßig der Fall. [18])

Die Frage, wie die Lohneinbehaltungsabrede juristisch zu konstruieren sei, hat einige Schwierigkeiten bereitet. Sinzheimer [19]) nimmt, um das rechtliche Schicksal des einbehaltenen Lohnbetrags zu ermitteln, die Kategorie des Pfandrechts zu Hilfe und kommt zu folgendem Ergebnis: „Die Forderung, an der das Pfandrecht des Arbeitgebers besteht, ist die Lohnforderung. Die Lohneinbehaltungsabrede ist Lohnverpfändung." Ist dies richtig, so ist seine weitere Annahme, daß sich die Nichtigkeit der Abrede aus § 2 des L.B.Ges. wie aus § 1274 Abs. 2 B.G.B. ergebe, durchaus zutreffend. Allein dieser Konstruktion steht in erster Linie das Bedenken entgegen, daß nach ihr die Lohneinbehaltungsabreden auch schon vor dem 1. Januar 1900 und zwar nach dem erwähnten § 2 des L.B.Ges. ungültig gewesen wären. Davon war aber in der Theorie wie in der Praxis niemals die Rede. Sinzheimer muß aber weiter auch annehmen, daß der Gesetzgeber, als er den § 119 a G.O. schuf, irrtümlicherweise von der Zulässigkeit dieser Abrede ausgegangen sei, also durch Übersehen eines zur Zeit der Erlassung des § 119a bereits 21 Jahre in Geltung stehenden Gesetzes einen Schnitzer gemacht habe. Über diese Bedenken wird der Praktiker wohl kaum hinwegkommen können. Gegen die von Sinzheimer gegebene Konstruktion ist aber weiter auch einzuwenden, daß sie den tatsächlichen Verhältnissen, insbesondere dem Parteiwillen nicht genügend Rechnung trägt. [20]) Wenn ein Gläubiger seinem Schuldner seine Forderung kreditiert, um ihm die Möglichkeit der Aufrechnung mit einer künftigen Gegenforderung zu ermöglichen, so denken doch gewiß beide Teile nicht daran, daß sie damit einen Pfandvertrag abgeschlossen haben. Bei der Konstruktion

[18]) Vgl. Lotmar S. 450.

[19]) Sinzheimer S. 92 ff.

[20]) Im Gew.-G. 7 S. 199 habe ich mich dem von Sinzheimer vertretenen Standpunkt genähert; bei nochmaliger Prüfung seiner Konstruktion bin ich aber zu der Überzeugung gekommen, daß ihr nicht beigetreten werden kann; vgl. auch G.G. Stuttgart im Gew.-G. 7 S. 11.

des Rechtsverhältnisses darf man die Grundsätze über den Pfandvertrag nur heranziehen, wenn es sich in anderer, dem Parteiwillen mehr Rechnung tragender Weise gar nicht juristisch konstruieren läßt. Diese Voraussetzung trifft nun aber nicht zu. Hier handelt es sich doch einfach um die Kombination eines Kreditierungs- und Aufrechnungsvertrags. Man nehme nur einmal an, daß es sich nicht um einen Arbeitsvertrag, sondern um einen andern Vertrag handle. Zwei Personen haben mit einander einen Gesellschaftsvertrag nach § 705 B.G.B. abgeschlossen; nun gibt der eine aus seinem Privatvermögen dem andern zu Privatzwecken ein Darlehen und vereinbart mit ihm, daß das Darlehen erst mit seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft fällig werden und ihm als Deckung eines dann etwa zu ermittelnden Auseinandersetzungsguthabens (§ 738 B.G.B.) dienen solle. Wird hier die Auslegung sagen, der Darlehensgläubiger habe an der ihm gegen den Darlehensschuldner zustehenden Darlehensforderung diesem ein Pfandrecht zu Gunsten einer in Zukunft vielleicht entstehenden Gegenforderung bestellen wollen? Dies ist nicht wohl anzunehmen. Man wird vielmehr sagen, die Parteien haben den Termin für die Fälligkeit des Darlehens bis zu einem gewissen Zeitpunkt hinausgerückt, um dem Darlehensschuldner die ihm unter Umständen sehr wünschenswerte Möglichkeit der Aufrechnung, das wirtschaftlich sichere Mittel der „Selbstexekution“ seiner künftigen Forderung zu gewährleisten. Juristisch ausgedrückt: Die Parteien haben einen Darlehensvertrag abgeschlossen und dabei vereinbart, daß das empfangene Darlehen erst an einem gewissen Zeitpunkt zurückzubezahlen sei, falls nicht dem Empfänger zu diesem Zeitpunkt eine Gegenforderung auf Bezahlung eines baren Geldbetrags zustehen sollte. Auf die gleiche Weise ist die Lohneinbehaltungsabrede zu konstruieren. Der Arbeiter verpflichtet sich, dem Arbeitgeber seine Lohnforderung, bezw. einen Teil derselben bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu kreditieren; der Arbeitgeber verpflichtet sich, den kreditierten Lohnbetrag bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu bezahlen, wenn ihm nicht an diesem Zeitpunkt eine fällige Gegenforderung zustehen sollte.[21]) Während nun aber in dem oben gewählten Beispiel der Darlehensgläubiger rechtlich nicht behindert ist, den Rückerstattungstermin zur Ermöglichung einer etwaigen Aufrechnung nach freiem Belieben zu bestimmen, ist der Arbeiter in der Verfügung über seine Lohnforderung beschränkt. Die vor dem Zahltag, also vor Fälligwerden der Lohnforderung getroffene Abrede

21) In diesem Sinn kann man, wenn auch vielleicht etwas ungenau, von einem „bedingten Aufrechnungsvertrag“ sprechen (vgl. Sigel im Gew.-G. 6 S. 40).

der Lohneinbehaltung zum Zweck der Ermöglichung künftiger Aufrechnung ist ein Rechtsgeschäft, durch das der Arbeiter über seine Lohnforderung in einem Zeitpunkt verfügt, an welchem die Pfändung nach § 1 des L.B.Ges. unzulässig ist; diese Abrede ist also nach § 2 des L.B.Ges. in Verbindung mit § 394 B.G.B. ohne rechtliche Wirkung. Der Arbeitgeber hat daher kein Recht, auf Grund dieser Abrede am Zahltag gegen den Willen des Arbeiters Lohn einzubehalten. [22]) Eine „Verfügung“ über die Lohnforderung liegt nicht vor, wenn der Arbeiter sich vor dem Zahltag lediglich verpflichtet, sich seinen Lohn, bezw. einen Teil desselben am Zahltag bis zur Lösung des Arbeitsverhältnisses einbehalten zu lassen. [23]) Wollte man dies annehmen, so käme man wieder in die mißliche Lage, feststellen zu müssen, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 119 a G.O. den § 2 des L.B.Ges. mißverstanden habe. Eine Verfügung über die Lohnforderung liegt aber vor, wenn der Arbeiter vor dem Zahltag sich verpflichtet, sich Lohn einbehalten zu lassen, um dem Arbeitgeber eine spätere Aufrechnung zu ermöglichen. Denn hier verwertet der Arbeiter seine Lohnforderung zur Deckung einer künftigen Gegenforderung des Arbeitgebers. Die Sachlage ist also die gleiche wie bei dem oben (S. 45) behandelten Aufrechnungsvertrag. Der Umstand, daß die vor dem Zahltag abgeschlossene Lohneinbehaltungseinrede bis zum 1. Januar 1900 von Theorie und Praxis als rechtswirksam angesehen worden ist, ist hier ohne Bedeutung. Denn damals war eben die gesetzliche Aufrechnung noch zulässig; damals konnte daher die Verfügung durch Aufrechnungsvertrag nicht unter die Rechtsge-

[22]) Damit erledigt sich wohl das von Sinzheimer S. 98 geäußerte Bedenken. Sache der Konstruktion eines Rechtsverhältnisses ist es ja nicht, seine rechtliche Zulässigkeit zu begründen; vielmehr hat sie nur sein rechtliches Wesen zunächst zu erforschen, damit dann die Zulässigkeitsfrage gestellt werden kann. Neukamp im Verw.-Archiv B. 5 S. 226 sieht in der Lohneinbehaltung die Hinterlegung einer Sicherheit bei dem Arbeitgeber und will § 232 B.G.B. anwenden; hiegegen mit Recht Sinzheimer S. 101.

[23]) Vgl. Lotmar S. 451, der sagt: „Einbehaltung ausbedingen und die ausbedungene Einbehaltung vollziehen, darf der Arbeitgeber innerhalb der Grenzen von § 119 a G.O. so viel er mag .... Aber Sicherung einer Forderung kann er mittels der Einbehaltung nur in dem Sinn erreichen, daß der Arbeitnehmer durch die Einbehaltung bewogen werden kann, die zu sichernde Forderung zu erfüllen, um die Einbehaltung eher gegenstandslos zu machen. Wenn er dagegen diese Erfüllung unterläßt, so kann der Arbeitgeber mittels Aufrechnung oder Zurückbehaltung nur so weit zur Deckung gelangen, als ihm Aufrechnung oder Zurückbehaltung gestattet ist .... Daher muß hier trotz Kontraktbruchs des Arbeitnehmers der sicherungshalber einbehaltene Lohn ausbezahlt werden.“ Praktisch wird eine solche beschränkte Lohneinbehaltung wohl kaum vorkommen.

schäfte des § 2 des L.B.Ges. gebracht werden. Nachdem § 394 B.G.B. Gesetz geworden ist, ist die Rechtslage eine ganz andere geworden.[24])

Dem Ausgeführten zufolge ist also die vor dem Zahltag getroffene Abrede der Lohneinbehaltung für den Arbeiter nicht verbindlich. Er kann daher trotz dieser Abrede am Zahltag seinen Lohn ganz verlangen. Wie ist nun aber zu entscheiden, wenn er dies Verlangen am Zahltag nicht stellt, wenn er also auch am Zahltag mit der Lohneinbehaltung einverstanden ist? Kann er in diesem Fall auch nach Ablauf des Zahltags den einbehaltenen Lohn wegen Ungültigkeit der vor dem Zahltag getroffenen Abrede herausbezahlt verlangen? Diese Frage ist zu verneinen. Die ursprüngliche Lohneinbehaltungsabrede ist und bleibt freilich ungültig. Allein indem der Arbeiter sich am Zahltag widerspruchslos Lohn einbehalten läßt, bestätigt er die Abrede durch Neuvornahme. Diese Bestätigung ist rechtsgültig, weil der Arbeiter am Zahltag selbst in keiner Weise behindert ist, sich Lohn zu Kautionszwecken einbehalten zu lassen.[25]) Es tritt somit nach § 141 B.G.B. Rückwirkung ein.[26])

Enthält eine Arbeitsordnung die Bestimmung, daß der Arbeiter verpflichtet sei, an den ersten vier Zahltagen sich je $1/4$ seines fälligen Lohns zu Kautionszwecken einbehalten zu lassen, so ist diese Bestimmung ungültig. Dagegen kann der Arbeitgeber in der Arbeitsordnung ankündigen, daß er sich an den einzelnen Zahltagen eine solche Lohneinbehaltung ausbedingen werde. Der Arbeiter hat dann aber an den einzelnen Zahltagen freie Hand bezüglich seiner Entschließung, ob er mit der Lohneinbehaltung einverstanden sein wolle oder nicht.

Keine Lohneinbehaltung zu Kautionszwecken liegt vor, wenn die Lohnberechnungsperiode sich mit der Lohnzahlungsperiode nicht deckt.[27]) Hier handelt es sich bloß um eine besondere Festsetzung des Fälligkeitstermines der Lohnforderung.[28]) Eine Abrede, daß der jeweils „stehen bleibende Lohn" als Sicherheit für etwaige Gegenforderungen des Arbeitgebers dienen solle, ist als Aufrechnungsvertrag gemäß § 2 des L.B.Ges.

---

24) Vgl. oben S. 45.

25) Vgl. oben S. 130.

26) Vgl. oben S. 42.

27) In großen Betrieben wird häufig der Umständlichkeit der Lohnberechnung halber bestimmt, daß der Lohn z. B. bis Donnerstag berechnet und am Samstag ausbezahlt werde.

28) Ebenso Lotmar S. 347. Den hier allein in Frage kommenden Unterschied von Lohnberechnungsperiode und Lohnzahlungsperiode verkennt Köhne, die Arbeitsordnungen S. 195, wenn er auch hier von einer Lohneinbehaltung zur Sicherung von Schadensersatzansprüchen spricht.

in Verbindung mit § 394 B.G.B. ohne rechtliche Wirksamkeit. Denn der Arbeiter verfügt hier vor dem Zahltag über seine erst am Zahltag fällig werdende Lohnforderung.

Das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen ist also folgendes: Eine Lohneinbehaltung zur Ermöglichung späterer Aufrechnung ist nur gültig, wenn der Arbeiter am Zahltag mit derselben einverstanden ist. Der Arbeitgeber darf in diesem Fall gegen die Forderung auf Ausbezahlung des einbehaltenen Lohnbetrags eine ihm zustehende fällige Gegenforderung auf Zahlung eines Geldbetrags aufrechnen.

2. Nach § 134 Abs. 2 G.O. ist es den Unternehmern von Fabriken, in welchen in der Regel mindestens 20 Arbeiter beschäftigt werden, untersagt, für den Fall der rechtswidrigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter die Verwirkung des rückständigen Lohnes über den Betrag des durchschnittlichen Wochenlohns hinaus auszubedingen. „Rückständig“ ist derjenige Lohnbetrag, den der Arbeiter bis zum Tag seines Austritts verdient und noch nicht erhalten hat, also sowohl der zu Kautionszwecken einbehaltene (vgl. § 119a G.O.), als der vom letzten Zahltag bis zum Austritt verdiente Lohn.[29])

Es ist schon oben darauf hingewiesen worden, daß der § 134 Abs. 2 G.O. nicht die Zulässigkeit der Lohnverwirkungsabrede statuiert, sondern lediglich von ihrer zivilrechtlichen Zulässigkeit ausgehend dieselbe ihrem Umfang nach beschränkt. Dieser Ausgangspunkt war nach dem bis zum 1. Januar 1900 in Geltung gewesenen bürgerlichen Recht durchaus zutreffend;[30]) anders liegt die Sache nach dem Inkrafttreten des B.G.B. Aus dem § 394 B.G.B. in Verbindung mit § 2 des L.B.Ges. ergibt sich, daß die Lohnverwirkungsabrede nicht mehr unbeschränkt gültig ist. Der Gesetzgeber hat also den Standpunkt, von dem er bei Schaffung des § 134 Abs. 2 G.O. ausgegangen ist, verlassen.[31]) Daraus

---

[29]) Ebenso Lotmar S. 158; Sinzheimer S. 96; a. M. Willner im Gew.-G. 6 S. 17 ff.; Köhne, die Arbeitsordnungen S. 195; G.G. Ludwigshafen im Gew.-G. 5 S. 198 und 6 S. 351. Willner will den vom letzten Zahltag bis zum Austritt des Arbeiters verdienten Lohn nicht als rückständig ansehen, weil er noch nicht fällig sei. Mit Recht sagt Lotmar a. a. O., daß diese Auslegung im Gesetz keinen Anhalt findet; man kann hinzufügen, daß auch die Entstehungsgeschichte des § 134 Abs. 2 G.O. und der allgemeine Sprachgebrauch gegen diese Auslegung sprechen. Vgl. auch oben Anm. 8.

[30]) A. M. wohl nur Sinzheimer S. 116.

[31]) Dies hat Köhne S. 192 Anm. 1 ganz übersehen, wenn er meint, § 134 Abs. 2 und § 134b Abs. 1 Z. 5 G.O. regeln eine spezielle Seite des gewerblichen Arbeitsvertrags; die lex specialis sagt hier eben nicht: die Abrede der Lohnverwirkung ist nur innerhalb der Schranken des § 134 Abs. 2 G.O. zulässig, sondern sie sagt: Falls die Abrede zivilrechtlich gültig ist, gelten die spezialgesetzlichen Schranken des § 134 Abs. 2 G.O.

muß gemäß Art. 32 zum B.G.B. gefolgert werden, daß die beschränkende Vorschrift des § 134 Abs. 2 G.O. insoweit, als die Lohnverwirkungsabrede nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht unzulässig ist, als gegenstandslos außer Kraft getreten ist. Wäre die Lohnverwirkungsabrede auch nach dem Inkrafttreten des B.G.B. als unbeschränkt zulässig zu erachten, so könnte der Eintritt der ganzen oder partiellen Lohnverwirkung auch für den Fall vereinbart werden, daß eine andere Voraussetzung, als die rechtswidrige Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter, also z. B. das Bestehen einer fälligen Gegenforderung des Arbeitgebers auf Bezahlung eines Geldbetrags vorliegt.[32]) Es liegt auf der Hand, daß damit der § 394 B.G.B. illusorisch gemacht werden könnte. Man wird es gewiß keinem Arbeitgeber verübeln können, wenn er zur Wahrung seiner Interessen den ihm so vorgezeichneten Weg beschreitet und sich vom Arbeiter vertragsmäßig statt der Befugnis zur Aufrechnung die Lohnverwirkung für den Fall zusichern läßt, daß ihm in Zukunft einmal irgend eine fällige Gegenforderung zustehen sollte. Nun wird man vielleicht sagen, die Lohnverwirkung kann unbestrittenermaßen nur auf Grund einer daraufhin abzielenden Parteiabrede eintreten,[33]) der Arbeiter braucht ja auf eine solche Abrede nicht einzugehen. Dem ist aber, abgesehen von dem mehr den Sozialpolitiker als den Juristen interessierenden Gesichtspunkt, daß der Arbeiter, wenn er überhaupt Arbeit finden will, sehr häufig eben einfach auf die Abrede eingehen muß, entgegenzuhalten, daß ein solcher Formalismus, der die durch die Aufrechnung eintretende wirtschaftliche Wirkung je nach der Wahl der Worte für zulässig erklärt, dem Willen des Gesetzgebers unmöglich entsprechen kann und daher von einer billigen Gesetzesauslegung jedenfalls dann, wenn sich ein Ausweg bietet, nicht sanktioniert werden darf. Ein solcher Ausweg bietet sich aber nun in der Tat. Eine andere Auslegung ist sogar für die Fälle, in denen durch die Lohnverwirkung der Arbeitgeber für eine Gegenforderung ganz oder teilweise befriedigt wird, geradezu geboten. In allen Fällen, in denen der Arbeitgeber auf Grund eines gewissen Tatbestands nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts eine Forderung gegen den Arbeiter zusteht, ist die Lohnverwirkung tatsächlich Aufrechnung.[34]) Diese Ansicht ist nicht die herrschende;

32) Vgl. Lotmar S. 461 ff.

33) Vgl. § 134 Abs. 2 G.O.: „auszubedingen“; § 134 b Z. 5 G.O.: „durch Arbeitsordnung oder Arbeitsvertrag ausbedungen wird“.

34) Die Verwirkung wird hier nicht dem Zweck der Aufrechnung dienstbar gemacht, sondern sie ist eben Aufrechnung. Anerkanntermaßen kommt es für die

eine in der Praxis überwiegend als richtig anerkannte Ansicht besteht wohl bezüglich der hier interessierenden Frage überhaupt noch nicht. Eine ziemlich weit verbreitete Meinung geht dahin,[35] die Verwirkung des Lohns bedeute Vernichtung, Annullierung, Herabsetzung der Lohnforderung; einer etwaigen Gegenforderung des Arbeitgebers stehe gar keine Lohnforderung mehr gegenüber, so daß die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufrechnung nicht vorliegen.[36] Lotmar sagt:[37] die Verwirkung sei totale oder partielle Vernichtung der Lohnforderung ohne einen Aufwand des Arbeitgebers und ohne den Willen des Arbeitnehmers. Er findet ihren Unterschied von der Aufrechnung darin, daß sie keines Gegenanspruchs bedürfe, daß sie ohne Zutun des Arbeitgebers vor sich gehen könne, und daß sie nicht auf gesetzlicher Verleihung, sondern nur auf einer Privatverfügung beruhe. Lotmar bezeichnet die Lohnverwirkung als eine Privatstrafe, die als eine Vertragsstrafe im Sinn des § 342 B.G.B. anzusehen sei.[38]

Demgegenüber ist folgendes zu bemerken:

Es soll durchaus nicht behauptet werden, daß die Lohnverwirkung stets Aufrechnung sei. Erwächst dem Arbeitgeber aus einem Tatbestand, auf Grund dessen eine Lohnverwirkung gemäß der Abrede eintritt, nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts an sich, also ganz abgesehen von der Verwirkungsabrede, keine Geldforderung, so kann selbstverständlich von Aufrechnung nicht die Rede sein.[39] Allein in der Praxis werden solche Fälle wohl kaum vorkommen. Wird der Arbeiter für den Fall des Begehens einer gewissen Ordnungswidrigkeit mit der Verwirkung

---

juristische Erkenntnis der Tatbestände auf ihr rechtliches Wesen, nicht auf den Namen an, den ihnen die Parteien geben; dies gegen Lothmar S. 464 zu Anm. 1.

[35]) So Neukamp im Verw.-Archiv B. 5 S. 226; Schicker Anm. 7 zu § 134 G.O.; Nelken S. 524; Burchardt S. 35; Lotmar S. 452 ff.; G.G. Berlin in der Soz. Pr. 9 S. 669 u. 10 S. 555 (Schalhorn hat aber die hier vertretene Ansicht später in der Soz. Pr. 11 S. 796 aufgegeben); A.G. Köln im Gew.-G. 6 S. 123.

[36]) Schicker a. a. O. formuliert diesen Gedanken dahin: durch die Aufhebung der Lohnforderung entfalle ein Kompensationsobjekt.

[37]) Lotmar a. a. O.

[38]) Lotmar zieht die Bestimmungen des B.G.B. über die Vertragsstrafe hier offenbar nur deshalb heran, um einerseits der Entstehungsgeschichte des § 134 Abs. 2 G.O. (vgl. unten Anm. 49) gerecht zu werden, andererseits die gewiß am nächsten liegende Konstruktion der Aufrechnung zu vermeiden.

[39]) Im Gew.-G. 6 S. 40 u. 41 habe ich ausdrücklich nur den Fall der Lohnverwirkung besprochen, in dem sich an sich zwei Geldansprüche gegenüberstehen; ich kann deshalb den von Sinzheimer S. 110 Anm. 41 gegen meine Ansicht erhobenen Einwand nicht als richtig anerkennen.

eines bestimmten Lohnbetrags bedroht, so handelt es sich in Wahrheit um eine Vertragsstrafe, die nach dem hier vertretenen Standpunkt[40]) durch Aufrechnung getilgt wird. Die Lohnverwirkung ist als Vernichtung der Lohnforderung stets dann anzuerkennen, wenn die Voraussetzungen der Aufrechnung nicht gleichzeitig vorliegen.[41])

Nicht beigetreten werden kann der Ansicht, daß die Lohnverwirkung ohne Zutun des Arbeitgebers eintreten könne. Vielmehr ist, wenn sie als „Vernichtung" der Lohnforderung anzusehen wäre, anzunehmen, daß ihr Eintritt von ihrer Geltendmachung durch den Arbeitgeber abhängt.[42]) Wenn auch der § 360 B.G.B. hier nicht direkt anwendbar ist, weil er im Unterschied zur Lohnverwirkungsabrede voraussetzt, daß nach dem Vertrag der Verlust aller Rechte, sowohl für die Vergangenheit als auch für die Zukunft, eintreten solle,[43]) so muß doch hier, wo es sich um die Auslegung einer durch Vertragsabrede festgesetzten Verwirkungsklausel handelt, dem prinzipiellen Standpunkt des Gesetzgebers zu der Klausel der Rechtsverwirkung Rechnung getragen werden. Dieser geht aber in richtiger Erkenntnis des praktischen Lebens dahin, daß es „in die Wahl des Gläubigers gestellt ist, ob er von der Verwirkungsklausel Gebrauch machen oder bei dem Vertrag stehen bleiben will,[44]) daß der Rechtsverlust nicht ohne weiteres mit der Nichterfüllung des Vertrags eintrete".[45]) Es liegt lediglich kein Anlaß vor, der Lohnverwirkung eine andere Auslegung zu geben, als dies der Gesetzgeber bei der Rechtsverwirkung nach § 360 B.G.B. getan hat. Der Arbeitgeber wäre gewiß höchlichst erstaunt, wenn man ihm sagen würde, er könne, wenn er auch wolle, auf die Geltendmachung der Lohnverwirkung gar nicht verzichten, da die Lohnforderung längst „vernichtet" sei.[46])

---

[40]) S. u. zu Anm. 62.

[41]) Die Lohnverwirkungsabrede ist hier aber Lohnerlaß; vgl. hierzu Sinzheimer S. 111; von diesem praktisch kaum denkbaren Fall wird in den folgenden Ausführungen abgesehen.

[42]) Gleicher Ansicht wie Lotmar ist hier auch Sinzheimer S. 108; beide haben offenbar den Unterschied der Verwirkungsklausel (§ 360 B.G.B.) von der Resolutivbedingung nicht genügend beachtet (vgl. hierüber Crome, System II S. 198).

[43]) Vgl. Prot. I S. 800 oben.

[44]) So Mot. II S. 285.

[45]) So Prot. I S. 799.

[46]) Vgl. das von Sinzheimer a. a. O. gegebene Beispiel, in dem es ganz gewiß nicht zur Abweisung der Schadensersatzklage des Arbeitgebers kommen wird, wenn er erklärt, er wolle sich auf die Lohnverwirkung nicht berufen. Zur Abweisung kommt es hier vielmehr nur dann, wenn der Arbeiter seine so anerkannte Lohnforderung zur Aufrechnung geltend macht; vielleicht zieht er aber den baren Lohn der Aufrechnung vor!

Zweifelhaft ist es, ob man die Lohnverwirkung als Vertragsstrafe bezeichnen könne.[47]) Allein auch wenn man dies tut, so ist damit für die hier interessierende Frage nichts gewonnen. Denn das Versprechen des Arbeiters, unter gewissen Voraussetzungen die Einforderung seines Lohns zu unterlassen, ist dann, wenn dem Arbeitgeber eine aus den gleichen Voraussetzungen erwachsende Gegenforderung zusteht, eben stets ein Aufrechnungsvertrag. Der Arbeiter fordert seinen Lohn nicht ein, weil dem Arbeitgeber eine Gegenforderung, die dieser aufrechnen soll, zusteht. Die Aufrechnung ist also der primäre Rechtsvorgang,[48]) die Nichteinforderung des Lohns nur die Konsequenz aus dem Versprechen der Zulassung der Aufrechnung. Die Vertragsstrafe bestünde also in Wahrheit darin, daß der Arbeiter, wozu er an sich nach § 394 B.G.B. nicht verpflichtet ist, verspricht, die Aufrechnung zuzulassen und demzufolge die Nichtauszahlung seines Lohns zu dulden. Man wird nun aber gut daran tun, wenn man der doch gewiß künstlich zu nennenden Konstruktion, daß das Versprechen der Duldung der Nichtzahlung das Versprechen einer Leistung sei, nicht beitritt. Es liegt doch viel näher, die Lohnverwirkungsabrede einfach dahin zu konstruieren: Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, für den Fall, daß dem Arbeitgeber eine Gegenforderung, sei es auf Leistung von Schadensersatz oder auf Entrichtung einer Vertragsstrafe zustehen sollte, das Recht des Arbeitgebers, seine Forderung im Weg der Selbstexekution zu vollstrecken, anzuerkennen und demzufolge seinen rückständigen Lohn ganz oder teilweise nicht einzufordern. Die beiden sich gegenüberstehenden Forderungen erwachsen aus dem Gesetz; die Lohnverwirkung in ihrem wirtschaftlichen Erfolg ist lediglich vereinbarter Vollstreckungsmodus, Aufrechnungsvertrag. Damit wird man auch der sprachlichen Bedeutung des Wortes: Verwirkung gerecht. Wenn der Staatsanwalt dem Delinquenten erklärt: Euer Leben ist verwirkt, so kündigt er ihm lediglich an, daß er nach der Rechtsordnung keinen Anspruch auf das Leben mehr habe. Die Verwirkung aber besorgt der Scharfrichter; sie ist Vollstreckungshandlung.

Nun wird man freilich gegen die hier vorgetragene Ansicht immer noch den Einwand erheben, es sei nicht gerechtfertigt, bei der juristischen Konstruktion der Lohnverwirkungsabrede den Umweg über die Aufrech-

---

[47]) Dies tut Lotmar S. 456, indem er sagt, „der Arbeiter verspreche eine Leistung im Sinn des § 342 B.G.B., zwar nicht eine Handlung, aber eine Unterlassung, nämlich eine Duldung fremden Lassens (der Nichtzahlung) zu fremdem Vorteil, auf eigene Kosten". (Vgl. dazu Wendt im Archiv für ziv. Praxis 92 S. 1 ff. und Pandekten S. 199.) A. M. Sinzheimer S. 112 u. 113.

[48]) Die Erklärung der Aufrechnung hat nach § 389 B.G.B. rückwirkende Kraft.

nung zu machen. Denn wenn die Lohnverwirkung auch keine Vertragsstrafe sei, so sei sie eben doch Vernichtung, Aufhebung der Lohnforderung, sodaß die Voraussetzung der Aufrechnung, nämlich das Vorhandensein zweier sich gegenüberstehender, gleichartiger Forderungen gar nicht vorliege.

Wie bereits dargelegt worden ist, ist es Sache des Arbeitgebers, ob er die Lohnverwirkung geltend machen will oder nicht. Sie erfolgt also gerade so wie die Aufrechnung (§ 388 B.G.B.) durch die Erklärung des Arbeitgebers. Mit dieser Erklärung steht fest, daß die Lohnforderung in dem Augenblick, in dem der Arbeiter die Vertragswidrigkeit begangen hat, „vernichtet“ worden ist. Gerade so ist es bei der Aufrechnung nach § 389 B.G.B. Vernichtung und Erlöschen einer Forderung bedeuten jedenfalls wirtschaftlich dasselbe. Die Frage der Konstruktion, die in der Rechtsanwendung einen tiefgreifenden Unterschied zur Folge hat, würde also lediglich davon abhängen, welche Worte die Parteien gebraucht haben; der auf dem Gebiet der juristischen Streitfragen bewanderte Arbeitgeber könnte durch die Benützung des Worts „Verwirkung“ sich für alle seine Ansprüche decken; der geschäftsungewandte Arbeitgeber — und dies wird meist der kleine Mann sein — würde von der Last des Aufrechnungsverbots bedrückt, wenn er statt der Lohnverwirkung sich das Recht zum Abzug seiner Gegenforderungen an der Lohnforderung ausbedingen würde! Und wenn man annehmen könnte, daß alle Arbeitgeber das Wesen der Lohnverwirkung einmal erkennen werden, so könnte damit der § 394 B.G.B. ganz aus der Welt geschafft werden. Und das alles, weil eine formalistische Jurisprudenz an dem Wortlaut des Begriffs: Verwirkung klebt! Dagegen muß sich eine gesunde Praxis sträuben.

Es ist nicht zu bestreiten, daß das Wort: Verwirkung sprachlich als gleichbedeutend mit Vernichtung, Annullierung verstanden werden kann. Allein es muß nicht so verstanden werden. Wenn die Lohnverwirkung lediglich Vollstreckung einer dem Arbeitgeber von Rechtswegen zustehenden Gegenforderung ist, so entspricht es doch sicher vielmehr dem Parteiwillen, wenn man annimmt, die Parteien haben vereinbart, die Lohnforderung solle infolge des Gegenübertretens der Gegenforderung erlöschen, verwirkt sein. Der Rechtsvorgang ist die Aufrechnung.[49]) Auch im Reichstag ist anläßlich der Beratung über

---

[49]) Dies hat Kohler schon im Jahr 1895 erkannt, indem er im Archiv für ziv. Praxis B. 84 S. 21 schrieb: „Mit der Bedingung der Lohnverwirkung im Sinn des § 134 G.O. dürfte das Ausbedingen einer auf anderer Weise zur Geltung zu bringenden Entschädigungs- und Bußepflicht nicht gerade ausgeschlossen sein: es ist wohl nur die Kompensation zwischen Arbeitslohn und Vertragsbuße in einem stärkeren

den § 134 Abs. 2 G.O., der seine Entstehung der Reichstagskommission verdankt[50]) und den Arbeitern ein privilegium favorabile, den Arbeitgebern eine Beschränkung der fixierten Entschädigung bringen wollte.[51]) die Lohnverwirkung von keiner Seite ausdrücklich als Vernichtung der Lohnforderung, allerdings aber auch nicht ausdrücklich als Aufrechnungsvertrag bezeichnet worden. Man hat sich eben damals über die Bedeutung des Worts: Verwirkung, das man wohl wegen seines pönalen Beigeschmacks zur Abschreckung gewählt hat, gar keine weiteren Gedanken gemacht, offenbar weil damals die gesetzliche Aufrechnung unbeschränkt zulässig war und somit auch von einem ungültigen Aufrechnungsvertrag zu sprechen kein Anlaß vorlag. Man sprach nur von den Entschädigungen und Konventionalstrafen, die dem Arbeitgeber „in Form von Lohnverwirkungen" zukommen, indem man die rechtliche Funktion der Verwirkung als Vollstreckung dieser Forderungen eben lediglich unter dem Gesichtspunkt der gesetzlichen Aufrechnung ohne weiteres als rechtlich zulässig ansah.[52]) Hätte man im Reichstag die Lohnverwirkungsabrede nicht unter dem Gesichtspunkt der gesetzlich zulässigen Aufrechnung, sondern unter dem der Vernichtung der Lohnforderung behandelt, so hätte man allen Anlaß gehabt, die Frage zu prüfen, ob die Verwirkungsabrede nicht gegen § 2 des L.B.Ges. verstoße, zumal da dieser § 2 in der Debatte gerade damals mehrfach herangezogen worden ist. Mit dem § 2 des L.B.Ges. ist die Konstruktion der Lohnverwirkungsabrede als Abrede über die unter gewissen Voraussetzungen eintretende Vernichtung der zukünftig erst fällig werdenden Lohnforderung schlechterdings nicht in Einklang zu bringen. Diese Abrede ist ein Rechtsgeschäft: dies ist nicht zu bestreiten. Durch dieses Rechtsgeschäft verfügt der Arbeiter über seine erst in Zukunft erwachsende Lohnforderung, also über eine Lohnforderung, die der Beschlagnahme nach § 1 des L.B.Ges. entzogen ist. Wenn der Arbeiter ohne gesetz-

---

Umfang untersagt, im Gefolge eines sozialen Gedankens, der in der Zukunft noch weitere Entwicklung finden wird". Diese Entwicklung hat der § 394 B.G.B. gebracht; die Anhänger der Vernichtungstheorie wollen sie aber wieder beseitigen.

50) Vgl. Drucks. des Reichstags von 1890/91 Beil. Nr. 190 S. 66, 67 u. 71.

51) Vgl. die Ausführungen a. a. O.; ferner Fröhlich im Gew.-G. 5 S. 166; Wagler im Gew.-G. 6 S. 36.

52) Vgl. den Bericht der R.T.Kommission a. a. O. S. 65, wo u. a. ausgeführt wird: Von seiten der Regierungsvertreter wurde die Zulässigkeit der Rückbehaltung des Lohns zu Sicherungszwecken bejaht; die Verwendung desselben zum Schadensersatz ergebe sich dann von selbst aus dem Recht der Kompensation. Vgl. auch Schenkel Anm. 8 zu § 134 G.O.

lichen Zwang lediglich im Weg der vertragsmäßigen Vereinbarung erklärt, er sei damit einverstanden, daß seine zukünftige Lohnforderung, die ihm an sich rechtmäßig erwachsen ist, unter gewissen Voraussetzungen zur Deckung einer Gegenforderung des Arbeitgebers als „vernichtet“ angesehen werden solle, so liegt doch ganz gewiß eine Verfügung über eine zukünftige Lohnforderung vor. Die Anhänger der Vernichtungstheorie müssen also annehmen, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 134 Abs. 2 G.O. von der falschen Voraussetzung, als ob die Lohnverwirkungsabrede gültig sei, ausgegangen sei,[53]) und daß die Theorie und Praxis Jahrzehnte lang diese Abreden zu Unrecht als gültig behandelt haben. Sie müssen aber auch auf Grund ihrer eigenen Konstruktion zu dem Ergebnis kommen, daß die Lohnverwirkungsabrede nach § 2 Abs. 2 des L.B.Ges. ohne rechtliche Wirkung ist. Schließt man sich der hier vertretenen Konstruktion der Lohnverwirkungsabrede an, so kommt man nicht in die höchst fatale Lage, dem Gesetzgeber und einer langjährigen Praxis einen sehr bedenklichen Lapsus vorwerfen zu müssen. Denn bis zum 1. Januar 1900 war die gesetzliche Aufrechnung und damit auch der Aufrechnungsvertrag zulässig.[54])

Das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen ist also folgendes:

Die Lohnverwirkungsabrede ist ein Rechtsgeschäft, durch das der Arbeiter sich verpflichtet, die Aufrechnung einer dem Arbeitgeber in Zukunft etwa erwachsenden Gegenforderung auf die Lohnforderung zuzulassen. In diesem Sinn kann man sie als „bedingten Aufrechnungsvertrag“ bezeichnen.[55]) Sie ist nach § 2 des L.B.Ges. in Verbindung mit § 394 B.G.B. insoweit ohne rechtliche Wirksamkeit, als der Aufrechnungsvertrag überhaupt ungültig ist, also stets dann, wenn sie vor

[53]) Dies tut in der Tat Sinzheimer S. 111—116, der die Lohnverwirkungsabrede als einen nach § 2 Abs. 2 des L.B.Ges. ungültigen Lohnerlaßvertrag ansieht; der Ansicht von Sinzheimer hat sich Schalhorn in der Soz. Pr. 11 S. 796 angeschlossen.

[54]) Vgl. oben S. 45; Nelken S. 525 will sogar in den § 124 b G.O. eine Lohnverwirkung hineinkonstruieren; dies ist aber schon mehr Rechtsschaffung als Rechtsauslegung. Gegen Nelken s. auch Lotmar S. 457.

[55]) Ebenso Sigel im Gew.-G. 6 S. 40 u. 7 S. 84; G.G. Frankfurt a. M. im Gew.-G. 7 S. 206; Neukamp im Verw.-Archiv B. 5 S. 226 meint, die Vorschrift des § 134 b Z. 5 G.O. wäre nicht verständlich, wenn es sich im § 134 Abs. 2 um Aufrechnung handeln würde. Nach der Entstehungsgeschichte beider Bestimmungen ist dies sehr wohl verständlich. Durch § 134 b Z. 5 G.O. soll nur ein moralischer Druck auf den Arbeitgeber dahin geübt werden, daß der Arbeitgeber die verwirkten Beträge nicht in seine Kasse fliessen lassen solle. Seine Forderung besteht aber im einen wie im andern Fall. Dies hat auch das A.G. Köln im Gew.-G. 6 S. 123 übersehen.

dem Zahltag abgeschlossen worden ist. Insoweit ist daher der § 134 Abs. 2 G.O. als gegenstandslos außer Kraft getreten.[56]) Dagegen ist sie rechtswirksam, wenn der Arbeiter am Zahltag seinen Lohn ganz oder teilweise nicht einfordert und zugleich dem Arbeitgeber erklärt, daß er gegen diese einbehaltene Beträge eine ihm in Zukunft erwachsende Gegenforderung aufrechnen dürfe, daß in diesem Fall seine Forderung auf Auszahlung des einbehaltenen Lohns vom Arbeitgeber als erloschen, verwirkt behandelt werden dürfe. Denn in diesem Fall handelt es sich um eine durchaus zulässige Lohneinbehaltung zu Kautionszwecken.[57])

Enthält eine Arbeitsordnung die Bestimmung, daß der Arbeiter unter gewissen Voraussetzungen seine Lohnforderung verwirke, so ist diese Bestimmung, auch wenn § 134 Abs. 2 G.O. beachtet ist, ungültig. Dagegen kann der Arbeitgeber in der Arbeitsordnung ankündigen, daß er sich an den einzelnen Zahltagen eine Lohneinbehaltung ausbedingen werde, und daß die Forderung auf Auszahlung des einbehaltenen Lohns als verwirkt angesehen werden werde, wenn sich nach dem Zahltag ein gewisser Tatbestand (Vertragsbruch, schuldhafte Beschädigung, Fälligkeit einer Vertragsstrafe u. s. w.) ereigne.[58]) Am Zahltag selbst ist der Arbeiter aber in seiner Entschließung, ob er sich Lohn einbehalten lassen wolle, durchaus frei.

3. Nach § 134 b Z. 4 G.O. muß die Arbeitsordnung Bestimmungen enthalten, „sofern Strafen vorgesehen werden", über die Art und Höhe derselben, über die Art ihrer Festsetzung und, wenn sie in Geld bestehen, über deren Einziehung und über den Zweck, für welchen sie verwendet werden sollen.

Im Rahmen dieser Schrift sollen nur die Geldstrafen einer Erörterung unterzogen werden.[59]) Der § 134 b G.O. bezieht sich nur auf Fabriken, welche in der Regel mindestens zwanzig Arbeiter beschäftigen (§ 134 a G.O.). Nun ist aber nach den Erfahrungen der Praxis das Strafensystem auch in vielen andern Betrieben, für welche eine Arbeitsordnung nicht obligatorisch ist, aufgenommen worden; für die in diesen Betrieben verhängten Geldstrafen gibt die G.O. überhaupt keine Vorschrift.

---

[56]) Ebenso Fröhlich im Gew.-G. 5 S. 166; Wagler daselbst 6 S. 36; Stadthagen S. 141; G.G. Frankfurt a. M. a. a. O.; Sinzheimer und Schalhorn a. a. O. auf Grund der Konstruktion der Lohnverwirkungsabrede als Lohnerlaß.

[57]) Vgl. oben S. 130; für diesen Fall wiederholt der § 134 Abs. 2 G.O. lediglich den § 119 a G.O.

[58]) Vgl. oben S. 135. Ich komme also bezüglich des Vertragsbruchs zu dem gleichen Ergebnis, wie Willner im Gew.-G. 6 S. 17 ff., aber auf anderem Weg.

[59]) Über andere Strafen vgl. Köhne, die Arbeitsordnungen S. 211.

Über die rechtliche Natur dieser Geldstrafen besteht viel Streit. Bald werden sie als Vertragsstrafen,[60]) bald als Ordnungsstrafen,[61]) bald als Vertragsstrafen, die gleichzeitig den Charakter von Ordnungsstrafen haben,[62]) bezeichnet. Wie Köhne mit überzeugenden Gründen nachgewiesen hat,[63]) sind diese Strafen als Vertragsstrafen anzusehen. Mag man nun aber diese Geldstrafen als Vertragsstrafen oder Ordnungsstrafen ansehen, soviel steht im einen wie im andern Fall fest, daß sie eine Forderung des Arbeitgebers auf Zahlung eines Geldbetrags darstellen.[64]) Über die Art der Vollstreckung dieser Geldstrafen enthält die G.O. keinerlei Vorschrift; insbesondere bestimmt sie nirgends, daß der Arbeitgeber berechtigt sei, sie an der fälligen Lohnforderung des Arbeiters in Abzug zu bringen.[65]) Nach § 134b G.O. hat die Arbeitsordnung lediglich eine Bestimmung über die „Einziehung“ der Geldstrafen, also über den Vollstreckungsmodus zu enthalten. Selbstverständlich darf dieser Vollstreckungsmodus nicht den Gesetzen zuwiderlaufen (vgl. § 134c Abs. 1 G.O.). Der Abzug der Geldstrafe am Lohn ist Aufrechnung, da die Voraussetzungen des § 387 B.G.B. vorliegen.[66]) Der Umstand, daß die Fabrikstrafen nach § 134b Abs. 2 G.O. nicht in die Kasse des Arbeitgebers fließen dürfen, sondern zum Besten der Arbeiter der Fabrik verwendet werden müssen, ist ohne Belang.[67]) Zivilrechtlich handelt es sich um eine Forderung des Arbeitgebers, der an ihrer Verhängung ein sehr wichtiges Interesse hat. Es kommt ja auch sonst, z. B. bei dem Vertrag zu Gunsten Dritter, vor, daß der klag-

---

60) So v. Berlepsch im Reichstag (Prot. v. 1891 S. 2284); Schicker Anm. 6 zu § 134b G.O.; Köhne a. a. O. S. 140 u. 146 und die dort zitierten.

61) So z. B. Schenkel Anm. 6 zu § 134b G.O.; Nelken S. 802.

62) Vgl. Landmann Anm. 5 zu § 134b G.O.

63) Köhne a. a. O.

64) Ebenso Sinzheimer S. 67; Lotmar S. 457.

65) Dies hat Köhne, die Arbeitsordnungen S. 191 Anm. 4, vollständig übersehen, wenn er sagt, der Arbeitgeber könne diese Abzüge trotz des § 394 B.G.B. machen nach dem Satz: lex posterior generalis non derogat priori speciali. Köhne meint dann weiter S. 218 zu § 134b Z. 4, es sei einfacher, wenn sich der Arbeitgeber, statt Barzahlung der Geldstrafen zu verlangen, in der A.O. auf die Erklärung beschränke, daß die verhängte Geldstrafe bei der nächsten Abrechnung vom Lohn oder von einer etwa geleisteten Kaution abgezogen werde. Einfacher ist der Lohnabzug freilich, aber ungesetzlich.

66) Ebenso Sinzheimer S. 66—69; Schalhorn und nach seinem Bericht das G.G. Berlin in der Soz. Pr. 11 S. 796; G.G. Frankfurt a. M. im Gew.-G. 7 S. 223; Lotmar S. 457.

67) Ebenso Sinzheimer S. 67 Anm. 63; vgl. auch O.L.G. Stuttgart in den Jahrb. der w. Rechtspflege 12 S. 186.

berechtigte Versprechensempfänger keinen direkten materiellen Nutzen von der Erfüllung des Versprechens hat.

Ebenso wie bei der Lohnverwirkungsabrede ist nun auch hier der Versuch gemacht worden, die Aufrechnung auszumerzen, um die Zulässigkeit des Abzugs dieser Geldstrafen am Lohn unbeschränkt aufrechtzuerhalten. Die Bestimmung, daß die ausbedungenen Geldstrafen jeweils an dem fälligen Lohn abgezogen werden, soll als die Vereinbarung einer unter gewissen Voraussetzungen eintretenden „Lohnminderung", „Lohnkürzung",[68]) also einer partiellen Vernichtung der Lohnforderung angesehen werden. Irgendwelchen Anhaltspunkt, aus welchem das Recht zu einer solchen Auslegung entnommen werden könnte, gibt das Gesetz nicht. Mit dem gleichen Recht wie hier müßte man in allen Fällen, in denen die Aufrechnung Platz greift, sagen, die Forderung desjenigen Teils, welche dem Betrag nach die höhere ist, besteht in Wahrheit nur in Höhe des gekürzten Betrags. Da müßte man sich dann nur wundern, daß der Gesetzgeber für die Lehre von der Aufrechnung einen ganzen Titel verschwendet hat. Man wende nicht ein, daß es sich hier um eine besondere Vertragsauslegung, nicht um das gesetzliche Recht der Aufrechnung handle. Bei der Auslegung der Verträge ist das in Wahrheit gewollte Wesen der Rechtsvorgänge ohne Haftung an dem Buchstaben zu ergründen (§ 133 B.G.B.). Wenn zwei in einem Vertragsverhältnis zu einander stehende Personen vereinbaren, daß die Forderung des einen Teils, falls dem andern eine gleichartige Gegenforderung erwachsen sollte, sich um den Betrag dieser Gegenforderung ermäßigen solle, so wird man doch sicher nicht sagen, die Forderung des ersten sei auf Grund der Vertragsabrede gemindert, partiell beseitigt. Man wird vielmehr sagen, die Parteien haben die ohnehin schon nach dem Gesetz bestehende Aufrechnungsbefugnis noch besonders vertragsmäßig festgelegt.[69]) Sie hätten ja auch den Ausschluß dieser Befugnis vereinbaren können. Das gesetzliche Recht der Minderung besteht bei Kauf, Miete und Werkvertrag, nicht aber bei dem Dienstvertrag. Schon diese Tatsache verbietet eine Auslegung, die einen dem gesetzlichen Tatbestand der Aufrechnung durchaus entsprechenden Sachverhalt in die Minderung der einen Forderung umzudeuten versucht.

---

68) So hauptsächlich Neukamp im Verw.-Archiv B. 5 S. 226 und Komment. zur G.O. S. 340 und ihm folgend Schicker Anm. 10 zu § 134b G.O.; Nelken S. 802; auch Fröhlich im Gew.-G. 5 S. 167.

69) Bei dem Arbeitsvertrag des Fabrikarbeiters ist hierfür durch § 134b Z. 4 G.O. noch eine besondere Veranlassung gegeben.

Die Anhänger der Lohnkürzungstheorie setzen sich aber auch hier ebenso wie bei der Lohnverwirkungsabrede in offenen Widerspruch zu § 2 des L.B.Ges. Auch das Versprechen des Arbeiters, daß er sich unter gewissen Voraussetzungen seinen von Rechts wegen verdienten Lohn um einen bestimmten Betrag kürzen lassen wolle, ist ein Rechtsgeschäft, durch das er vor dem Zahltag, also ohne rechtliche Wirksamkeit über seine noch nicht fällige Lohnforderung verfügt.

Das Versprechen des Arbeiters, sich etwaige Strafen an seinem erst in Zukunft fällig werdenden Lohn abziehen zu lassen, ist also ein nach § 394 B.G.B. in Verbindung mit § 2 des L.B.Ges. ungültiger Aufrechnungsvertrag.[70]) Dagegen ist es zulässig, wenn der Arbeiter am Zahltag sich einen Teil seines Lohnes freiwillig einbehalten läßt und verspricht, etwaige Geldstrafen an der Forderung auf Auszahlung dieses einbehaltenen Lohnbetrags sich abziehen zu lassen.[71]) Denn dieser Lohnbetrag ist weder gegen Pfändung, noch gegen Aufrechnung gesetzlich geschützt.

Die Bestimmung einer Arbeitsordnung, daß die Strafen jeweils an dem fällig werdenden Lohn abgezogen werden, ist ungültig. Dagegen darf der Arbeitgeber ankündigen, daß er sich Lohneinbehaltungen an den einzelnen Zahltagen und weiterhin das Recht ausbedingen werde, etwaige Strafen an den einbehaltenen Beträgen abzuziehen. Ist dann der Arbeiter an den einzelnen Zahltagen mit der Lohneinbehaltung einverstanden gewesen, so hat er damit stillschweigend auch sein Einverständnis zum Abzug der Strafen an diesen einbehaltenen Beträgen erklärt.

Sieht man diese Strafen als Vertragsstrafen an, so kommt in Frage, ob § 343 B.G.B. anwendbar ist. Die Frage ist zu bejahen, sofern es sich nicht um Geldstrafen handelt, für welche der § 134b G.O. in Betracht kommt. Bei den letzteren ist anzunehmen, daß schon der Gesetzgeber durch § 134b Abs. 2 G.O. diejenige Beschränkung der Strafbefugnis gegeben hat, welche er für angemessen und notwendig erachtet hat.[72])

Zum Schluß möge noch folgende Bemerkung gemacht werden:

Der gegenwärtige Rechtszustand bezüglich der Lohneinbehaltung, Lohnverwirkung und der Geldstrafen ist, wie sich aus den vorstehenden

---

70) So Sigel schon im Gew.-G. 6 S. 41 und im Gew.-G. 7 S. 200; ferner die oben Anm. 65 zitierten; auch v. Frankenberg in der d. Juristenzeitung 5 S. 91; Fuld in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 66 S. 103.

71) S. oben zu Anm. 13. Der Abzug der Geldstrafen am fälligen Lohn war bis zum 1. Januar 1900 zulässig, weil eben damals das Aufrechnungsverbot des § 394 B.G.B. noch nicht bestanden hat.

72) Ebenso Köhne, die Arbeitsordnungen S. 144.

Ausführungen ergibt, sehr kompliziert und darum für die gewerbliche Praxis, die klare Rechtsverhältnisse verlangt, fast unerträglich. Es möge daher auch hier der dringende Wunsch ausgesprochen werden, daß der Gesetzgeber das bei der Schaffung des B.G.B. Versäumte nachholen und die privatrechtlichen Bestimmungen der Gewerbeordnung einer gründlichen Revision unterziehen möchte.

§ 20.

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. [1]

Das Arbeitsverhältnis findet sein tatsächliches Ende, wenn der Arbeiter mit der vertragsmäßigen Arbeitsleistung aufhört. Mit der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällt aber das rechtliche Ende des Vertragsverhältnisses keineswegs immer zusammen. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund eines Umstands erfolgt, der vom Gesetz als rechtmäßiger Grund für die Beendigung des Vertragsverhältnisses anerkannt ist. [2] Verläßt daher der Arbeiter die Arbeit, ohne daß ihm ein gesetzlicher Grund zum Austritt zur Seite steht, so wird zwar das Arbeitsverhältnis tatsächlich beendigt. Rechtlich besteht aber das Vertragsverhältnis bis zum Eintritt des nächstzulässigen Kündigungstermins weiter; [3] der Arbeiter kommt mit der Leistung der geschuldeten Arbeit in Verzug. Hierüber ist bereits in § 14 das Nötige vorgetragen worden. Entläßt der Arbeitgeber den Arbeiter, ohne daß ein gesetzlicher Grund für die Beendigung des Vertragsverhältnisses vorliegt, so besteht es auch hier bis zum Eintritt des nächstzulässigen Kündigungstermins weiter. Der Arbeitgeber kommt mit der Annahme der Dienste in Verzug und muß daher nach § 615 B.G.B. den Arbeiter bis zum Eintritt des erwähnten Zeitpunkts bezahlen. Auch hierüber sind bereits in § 14 die nötigen Ausführungen gegeben worden.

Hier ist nunmehr bloß noch diejenige Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erörtern, welche mit der rechtlichen Beendigung des Vertragsverhältnisses zusammenfällt. Man unterscheidet zweckmäßigerweise zwischen ordentlicher und außerordentlicher Beendigung des Vertragsverhältnisses.

---

[1] Vgl. hierzu die ausgezeichneten Ausführungen von Lotmar S. 508—653.

[2] Vgl. Lotmar S. 636 Anm. 1.

[3] Vgl. oben S. 72; auch G.G. Berlin in der Soz. Pr. 12 S. 573.

I. Das Arbeitsverhältnis kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen sein. Im ersteren Fall endigt es nach § 620 Abs. 1 B.G.B. mit dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist; einer Kündigung bedarf es hier selbstverständlich nicht. Ist das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit eingegangen, so bedarf es der Kündigung.

a) Das Arbeitsverhältnis ist auf eine bestimmte Zeit eingegangen, wenn seine Dauer von den Parteien zeitlich bestimmt, an einen kalendermäßig feststehenden Endtermin geknüpft oder aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienste zu entnehmen ist (§ 620 Abs. 2 B.G.B.). Die zeitliche Bestimmung muß absolut genau sein (z. B. Einstellung auf eine Woche, einen Monat, ein Jahr). Redewendungen wie: ich stelle Sie auf 2—3 Wochen ein, auf die Dauer der Saison, solange ich Geschäft habe, es wird mit dem Geschäft nicht lange dauern, auf Dauer u. a., reichen zur Begründung der Annahme, daß das Vertragsverhältnis auf eine bestimmte Zeit eingegangen sei, nicht aus;[4]) in solchen Fällen ist daher Kündigung notwendig. Haben die Parteien eine bestimmte Minimaldauer des Arbeitsverhältnisses vereinbart, so ist folgendermaßen zu unterscheiden: Ist die Vereinbarung dahin auszulegen, daß die Parteien einen bestimmten Endtermin zunächst festsetzen wollten und daneben beide eine unter Umständen eintretende Fortsetzung des Verhältnisses über jenen Termin in Aussicht nahmen,[5]) so endigt das Arbeitsverhältnis mit dem Ablauf des Termins, ohne daß es einer vorherigen Kündigung bedarf. Wird es fortgesetzt, so ist es von diesem Termin an auf unbestimmte Zeit eingegangen (§ 625 B.G.B.) und dementsprechend zu kündigen. Ist die Vereinbarung der Parteien dagegen dahin auszulegen, daß sie von vornherein eine längere Dauer des Arbeitsverhältnisses in Aussicht nahmen und lediglich daneben zu ihrer gegenseitigen Bindung eine bestimmte Minimaldauer festsetzten,[6]) so ist anzunehmen, daß das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit, aber mit der Modifikation eingegangen ist, daß der erstzulässige Kündigungstermin der die Minimaldauer begrenzende Zeitpunkt sei; es hat hier also ordnungsmäßige Kündigung stattzufinden. Wann die eine oder andere Auslegung Platz zu greifen hat, kann nur im einzelnen Fall entschieden werden.[7])

---

[4]) Ebenso Lotmar S. 541; Unger Nr. 66; vgl. auch Seufferts Archiv 47 Nr. 280.

[5]) Diese Auslegung ist gerechtfertigt, wenn die Einstellung erfolgt, z. B. „zunächst auf sechs Wochen", „zur Probe auf einen Monat".

[6]) Beispiel: Einstellung „auf mindestens einen Monat, ein Jahr".

[7]) A. M. Lotmar S. 550, der bei allen lediglich den Bestand des Arbeitsverhältnisses sichernden Zeitbestimmungen Kündigung verlangt. Damit wird er aber dem Vertragswillen der Parteien, der hier allein maßgebend ist, nicht durchaus gerecht.

Als ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Arbeitsverhältnis ist nach § 620 Abs. 2 B.G.B. außer dem kalendermäßig festgelegten auch noch dasjenige Arbeitsverhältnis anzusehen, dessen Dauer aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienste zu entnehmen ist. In diesem Fall steht der Endtermin des Arbeitsverhältnisses bei Abschluß des Vertrags noch nicht kalendermäßig fest; wohl aber sind gewisse Merkmale vorhanden, aus denen sich der Umfang der Arbeitsaufgabe[8]) und damit auch das natürliche Ende des Arbeitsverhältnisses erkennen läßt. Immerhin müssen diese Merkmale bei Abschluß des Vertrags so zum Ausdruck gekommen sein, daß beide Parteien sie erkennen konnten. Das im § 620 Abs. 2 B.G.B. gebrauchte Wort „entnehmen“ ist subjektiv vom Standpunkt der Parteien, nicht objektiv aufzufassen. Denn es handelt sich um eine Vertragsabrede, die sich aus der Gleichstellung dieses Falls mit der kalendermäßigen Bestimmung in § 620 Abs. 2 B.G.B. ergibt.[9]) Konnte der Arbeiter bei seiner Einstellung erkennen, daß der Arbeitgeber ihn nur zur Bewältigung einer bestimmten Arbeitsaufgabe einstellen wolle, so ist gemäß § 157 B.G.B. anzunehmen, daß er diesen Willen acceptiert habe.

Wann eine solche natürliche Begrenzung des Arbeitsverhältnisses anzunehmen sei, wird gerade auf dem Gebiet des gewerblichen Arbeitsvertrags manchmal nicht leicht festzustellen sein. Folgende Fälle wird man z. B. hierher zählen dürfen: die Einstellung eines Bodenlegers zur Legung aller Parkettböden in einem bestimmten Neubau, einer Steinträgerkolonne zum Tragen aller Steine auf einen bestimmten Neubau, Einstellung eines Kesselputzers zum Putzen einer Dampfkesselanlage, Einstellung eines Arbeiters zur Ausladung einer bestimmten Schiff- oder Eisenbahnsendung u. ähnl. Bei allen derartigen Fällen ist aus dem Zweck der Dienste, falls dieser dem Arbeiter kenntlich geworden ist, zu entnehmen, daß durch sie ein sich von vornherein als abgegrenzt zeigendes Arbeitspensum erledigt werden solle. Das Gleiche kann aber bei der großen Masse der Akkordverträge nicht angenommen werden,[10]) wenigstens insolange, als der Gesetzgeber den Akkordvertrag als einen Arbeitsvertrag sui generis nicht regelt. Denn gerade daraus, daß nach Lage des Gesetzes bei dem gewöhnlichen Akkordvertrag eine zeitliche Kündigungsfrist zulässig und bei dem Mangel einer anderweitigen Vereinbarung

---

[8]) So Lotmar S. 525.

[9]) Vgl. Planck Anm. 2a, b zu § 620 B.G.B.; a. M. Lotmar S. 526, der hier von einer stillschweigenden Endbestimmung nicht geredet wissen will.

[10]) Vgl. Lotmar S. 527 u. 528.

sogar geboten ist, muß gefolgert werden, daß hier von einer natürlichen Begrenzung des Arbeitsverhältnisses nicht die Rede sein kann. Die Praxis hat bisher an dem Satz festgehalten, daß auch bei Akkordarbeit mangels einer anderweitigen Vereinbarung die gesetzliche Kündigungsfrist einzuhalten sei.[11]) Sie wird ohne Hilfe des Gesetzgebers von diesem Standpunkt nicht abweichen; denn sie würde sich sonst ins Bodenlose verlieren.[12]) Die Auslegung von Planck,[13]) daß die Parteien, falls der Akkordarbeiter die Herstellung einer bestimmten Stückzahl versprochen habe, die Dauer des Arbeitsverhältnisses bis zur Herstellung der vereinbarten Stückzahl vereinbart, also damit einen Endtermin für dasselbe gesetzt hätten, entspricht dem Willen der Parteien bei dem gewerblichen Arbeitsvertrag, wie ein Blick auf die vielen Arbeitsordnungen und die vielen Gewerbegerichtsprozesse zeigt, in einer Menge von Fällen nicht. Hier kann eben nur der Gesetzgeber helfen!

Eine natürliche Begrenzung des Arbeitsverhältnisses im Sinn des § 620 Abs. 2 B.G.B. ist auch dann anzunehmen, wenn der Arbeiter ausdrücklich bloß zur Aushilfe eingestellt wird.[14]) Denn hier muß der Arbeiter gerade aus dem vom Arbeitgeber genannten Zweck seiner Einstellung, dem Aushilfezweck, entnehmen, daß seine Arbeitsaufgabe eine beschränkte ist. Das Aushilfeverhältnis endigt mit Erreichung des Aushilfezwecks, ohne daß es einer vorherigen Kündigung bedarf.[15]) Man darf daher nicht sagen,[16]) das Aushilfeverhältnis könne von beiden Parteien jederzeit gelöst werden; es endigt vielmehr erst, wenn das aushilfsweise zu besorgende Arbeitspensum erledigt ist oder aber durch eine etwa besonders vereinbarte Kündigung.[17])

---

11) Planck Anm. 2a zu § 620 B.G.B. und Anm. 1 zu § 623 B.G.B. scheint anderer Meinung zu sein.

12) Man denke nur daran, daß der Akkordarbeiter häufig neben einander Akkord- und Zeitlohnarbeiten oder mehrere Akkorde neben einander übernommen und dann gleichzeitig in Arbeit hat, so daß ein natürliches Ende dieser fortlaufenden Arbeiten niemals abzusehen ist.

13) Planck a. a. O. im Anschluß an die Erklärung eines Regierungsvertreters in der Kommission des Reichstags (Komm.-Ber. S. 1977). Um eine „bestimmte“ Stückzahl handelt es sich bei dem Akkordvertrag übrigens stets (ein Stuhl oder sechs Stühle, eine Türklinke oder 50 Türklinken).

14) Ebenso Lotmar S. 593.

15) Ebenso Lotmar S. 593; a. M. Staub Anm. 1 zu § 69 H.G.B.; Nelken S. 749; Schicker Anm. 2 zu § 133a, c G.O; A.G. Berlin im Gew.-G. 7 S. 194.

16) Wie z. B. G.G. Bremen im Gew.-G. 5 S. 75 und G.G. München im Gew.-G. 7 S. 178; auch Prenner S. 67.

17) Auf diesen letzteren Fall beziehen sich § 133a, c G.O. Satz 2 und § 69

Das Aushilfeverhältnis ist seiner Natur nach eine vorübergehende Erscheinung. Verliert das Arbeitsverhältnis durch längere Zeit dauernde Beschäftigung diesen Charakter, wird der Aushilfezweck der Arbeitsleistung somit verwischt, so ist anzunehmen, daß das anfänglich als Aushilfeverhältnis gedachte Arbeitsverhältnis in ein festes Arbeitsverhältnis mit unbestimmter Vertragsdauer übergegangen und daher ordnungsmäßig zu kündigen ist. Die Richtigkeit dieser Annahme ergibt sich aus § 133 a. c G.O. und § 69 H.G.B.; denn nach diesen Vorschriften, welche von grundsätzlicher Bedeutung und daher auch bei anderen Arbeitsverhältnissen, als den zunächst gemeinten, heranzuziehen sind, geht das Aushilfeverhältnis nach Ablauf von drei Monaten in ein festes Arbeitsverhältnis mit unbestimmter Vertragszeit über. [18]) Wenn nun auch diese Fristbestimmung für die gewerblichen Arbeitsverträge der unter § 133 a G.O. fallenden Personen nicht angewendet werden kann, so ist doch der grundsätzliche Gedanke, daß das Aushilfeverhältnis durch längere Zeit dauernde Beschäftigung in ein festes Arbeitsverhältnis übergeht, auch hier zu beachten. Beim Mangel einer gesetzlichen Frist kann die Entscheidung der Frage, wann ein solcher Übergang anzunehmen sei, nur im einzelnen Fall auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse gegeben werden.

b) Liegt eine Begrenzung des Arbeitsverhältnisses in dem zu a erläuterten Sinn nicht vor, ist es also auf unbestimmte Zeit eingegangen, so wird seine ordentliche Beendigung durch Kündigung herbeigeführt. Die Kündigung ist die von einer Partei der andern abgegebene Erklärung, daß das Arbeitsverhältnis aufgelöst sein solle. Die Kündigung kann an die Einhaltung einer gewissen Frist gebunden sein und muß dann fristgerecht erfolgen. Für den gewerblichen Arbeitsvertrag gelten nicht die §§ 621—623 B.G.B., sondern die §§ 122, 133 a u. 133 aa G.O. [19])

Nach § 122 G.O. ist die ordentliche Kündigung des gewerblichen Arbeitsvertrags zwischen Gesellen oder Gehilfen und ihrem Arbeitgeber, falls nicht ein anderes vereinbart ist, an eine Kündigungsfrist von 14 Tagen gebunden, mag es sich um einen Zeitlohn- oder einen Akkordlohnvertrag handeln. [20])

Satz 2 H.G.B. allein; ist in diesen Fällen keine Kündigungsfrist vereinbart, so greift der § 620 Abs. 1 B.G.B. Platz. A. M. Staub a. a. O.

18) Ebenso Staub Anm. 4 zu § 69 H.G.B.; Nelken S. 750; Lotmar S. 594; auch die Anmerkung der Redaktion zu dem eine andere Ansicht vertretenden Urteil des G.G. München im Gew.-G. 7 S. 178.

19) S. o. § 4; Vorschläge de lege ferenda vgl. bei Flesch, zur Kritik des Arbeitsvertrags S. 16 ff.

20) Auch Arbeitsverhältnisse, welche die Arbeitskraft des Arbeiters nicht voll in Anspruch nehmen (Sonntagsbeschäftigung eines Portiers, Abendbeschäftigung eines

Bei den im § 133 a G.O. genannten Angestellten kann, wenn nicht etwas anderes in zulässiger Weise verabredet ist, nur unter Einhaltung einer Frist von sechs Wochen auf den Ablauf eines Kalendervierteljahrs (1. Januar, 1. April, 1. Juli u. 1. Oktober) gekündigt werden.

Für die Berechnung der Kündigungsfristen sind die §§ 186—193 B.G.B. maßgebend. Hiernach läuft z. B. die 14tägige Kündigungsfrist, falls die Kündigung am Montag erfolgt ist, am Montag in 14 Tagen abends ab (§ 187 B.G.B.). Nach § 133 a G.O. ist spätestens am 17. Februar (im Schaltjahr am 18. Februar) auf 1. April, am 19. Mai auf 1. Juli, am 19. August auf 1. Oktober und am 19. November auf 1. Januar zu kündigen (§ 188 B.G.B.). Die durch die Kündigung einmal in Fluß gekommene Kündigungsfrist läuft ohne Rücksicht darauf, ob der Arbeiter während dieser Frist gearbeitet hat oder nicht. Fällt das Ende der Kündigungsfrist auf einen Sonntag oder gesetzlichen Feiertag, so ist dies nach § 193 B.G.B. ohne besondere Bedeutung, die Frist ist dann eben mit diesem Tag abgelaufen. Kann dagegen die Kündigung verabredungsgemäß nur an einem bestimmten Wochentag erfolgen und fällt dieser Wochentag auf einen gesetzlichen Feiertag, so kann die Kündigung nach § 193 B.G.B. auch noch am nächstfolgenden Werktag erfolgen.

Die gesetzliche Kündigungsfrist des § 122 G.O. greift nur Platz, wenn nicht ein anderes vereinbart ist. Handelt es sich also um die Einstellung eines Gesellen oder Gehilfen, so können die Parteien ohne zeitliche Beschränkung jede beliebige Kündigungsfrist vereinbaren. Ebenso können sie vereinbaren, daß nur an einem bestimmten Wochentage gekündigt werden könne.[21]) Endlich können sie aber auch eine Abrede dahin treffen, daß das Arbeitsverhältnis jederzeit ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden könne. Beweispflichtig ist derjenige Teil, der eine vertragsmäßige Abänderung der gesetzlichen Kündigungsfrist, also eines naturale des gewerblichen Arbeitsvertrags behauptet.[22]) Ist die Kündigungsfrist durch Abrede gänzlich aufgehoben, so kann in jedem Augenblick gekündigt werden;[23]) denn sie ist ja „auf Null“ verkürzt.

Kulissenschiebers) gehören hierher, sofern es sich nicht bloß um vorübergehende Aushilfe handelt (ebenso Lotmar S. 586).

21) Wird vor diesem Tag gekündigt, so ist die Kündigung nach § 140 B.G.B. erst als an diesem Tag erfolgt anzusehen (a. M. Lotmar S. 571); vgl. auch unten § 21 Anm. 22.

22) Ebenso Staub Anm. 7 zu § 66 H.G.B.; Burchardt S. 50; a. M. Unger Nr. 72.

23) Ebenso Laubünger im Gew.-G. 4 S. 14; Lotmar S. 629; a. M. G.G. Berlin und Charlottenburg bei Unger Nr. 58 und im Gew.-G. 3 S. 115 u. 7 S. 94, es könne

Der vertragsmäßige Ausschluß jeder Kündigungsfrist ist auch anzunehmen, wenn der gewöhnliche gewerbliche Arbeiter nur zur Probe eingestellt ist.[24]) Es handelt sich hier um die Auslegung des Vertragswillens. Wenn der Arbeitgeber den Arbeiter ganz allgemein nur zur Probe einstellt, so will er damit wenigstens auf dem Gebiet des gewerblichen Arbeitsvertrags, wie die Praxis lehrt, nicht den für ihn maßgebenden, aber rechtlich unerheblichen Beweggrund[25]) nennen; die Parteien wollen hier vielmehr an keine Kündigungsfrist gebunden sein. Als stillschweigend vereinbart muß ferner angesehen werden, daß die unbestimmt gelassene Probezeit nach Ablauf einer angemessenen Frist, innerhalb welcher die Brauchbarkeit des Arbeiters nach Lage der Verhältnisse erprobt werden kann, abläuft, daß damit also das Arbeitsverhältnis beim Mangel einer anderweitigen Vereinbarung als auf unbestimmte Zeit eingegangen zu kündigen ist.[26]) Will der eine Teil bei einem bereits bestehenden Arbeitsverhältnis die bisher maßgebend gewesene Kündigungsfrist ändern, so ist er auf den Weg der Vereinbarung angewiesen. Ist der Arbeiter z. B. mit der ihm vom Arbeitgeber vorgeschlagenen Änderung ausdrücklich oder stillschweigend[27]) einverstanden, so tritt die Änderung sofort mit dem Abschluß dieser Vereinbarung, nicht erst nach Ablauf der bisher maßgebend gewesenen Kündigungsfrist in Kraft.[28]) Ist dagegen

---

auch hier nur auf den Schluß eines Arbeitstags gekündigt werden; diese Annahme könnte nur mit einem von den Parteien stillschweigend anerkannten Ortsgebrauch begründet werden.

[24]) Ebenso Unger Nr. 63 u. 64; G.G. Bochum im Gew.-G. 5 S. 75; G.G. Offenbach im Gew.-G. 6 S. 168; O.L.G. Dresden in Seufferts Archiv B. 53 Nr. 148; Burchardt S. 51; Nelken S. 741 (sogar für Betriebsbeamte!); Lotmar S. 630 Anm. 2; a. M. L.G. Berlin bei Unger Nr. 63; Stadthagen S. 92 und für Handlungsgehilfen im Gegensatz zu Makower Staub Anm. 4 zu § 66 H.G.B. und O.L.G. Hamburg in Seufferts Archiv 56 Nr. 258; vgl. auch oben Anm. 5.

[25]) Vgl. Staub a. a. O. Ein Probeverhältnis wird anzunehmen sein, wenn der Arbeitgeber bei der Einstellung sagt: Wenn Sie nicht brauchbar sind, behalte ich mir das Recht der sofortigen Entlassung vor, nicht aber, wenn er bloß sagt: Ich stelle Sie ein, wenn Sie brauchbar sind; im letzteren Fall handelt es sich nur um das Verlangen der Garantie für Sachkunde.

[26]) Ebenso O.L.G. Dresden a. a. O. Auch auf § 127 b G.O. ist hier hinzuweisen, wo die Probezeit geradeso aufgefaßt ist wie im Text; wegen der Betriebsbeamten s. u. Anm. 29.

[27]) Erwidert der Arbeiter auf die Mitteilung des Arbeitgebers, daß er die Kündigungsfrist abändere, nichts, so ist es Tatfrage, ob er damit stillschweigend sein Einverständnis hierzu erklärt. Arbeitet er widerspruchslos weiter, so wird dies meist anzunehmen sein.

[28]) Ebenso Lotmar S. 631; Stadthagen S. 90; a. M. G.G. Berlin bei Unger Nr. 60; Burchardt S. 52; Nelken S. 610, die aber das Wesen des Abschlusses einer Vereinbarung hier verkennen.

der Arbeiter mit dem Vorschlag der Änderung nicht einverstanden, so muß es bei der bisherigen Kündigungsfrist verbleiben; der Arbeitgeber muß also hiernach kündigen, wenn er den Arbeiter nicht mehr mit dieser Kündigungsfrist beschäftigen will.

Die vereinbarte Änderung der gesetzlichen Kündigungsfrist gilt nur für denjenigen Arbeitsvertrag, bei dessen Abschluß die Vereinbarung getroffen worden ist. Stellt der Arbeitgeber nach Beendigung dieses Vertragsverhältnisses den Arbeiter von neuem wieder ein, so greift in Ermanglung einer Wiederholung der Abrede die gesetzliche Kündigungsfrist Platz.[29]) Der Arbeiter weiß ja nicht, ob der Arbeitgeber in der Zwischenzeit sich nicht zu einer erneuten Änderung der Kündigungsfrist entschlossen hat; man kann hier also nicht annehmen, daß die Parteien die frühere Abrede stillschweigend haben wiederholen wollen.

Während die Vereinbarung der Parteien über die Dauer der maßgebenden Kündigungsfrist nach § 122 G.O. an eine zeitliche Schranke nicht gebunden ist, ist durch § 133 aa G.O. für die Arbeitsverträge der im § 133 a G.O. genannten Angestellten eine Minimalkündigungsfrist von einem Monat vorgeschrieben. Diese Vorschrift ist zwingender Natur. Wird ein solcher Beamter „zur Probe“ ohne weitere Fristbestimmung eingestellt, so wird man dem Willen der Parteien, die mit der Wahl des Wortes „Probe“ doch sicher stets etwas besonderes, nicht das Regelmäßige festlegen wollen, am ehesten mit der Auslegung Rechnung tragen, daß sie damit die geringste zulässige Kündigungsfrist von einem Monat vereinbaren wollen.[30])

Eine Schranke der Privatdisposition bezüglich der Kündigungsfrist besteht aber sowohl nach § 122 als nach § 133 aa G.O. insofern, als die abweichend von den gesetzlichen Normativbestimmungen vereinbarten Kündigungsfristen für beide Teile gleich sein müssen. Da es sich hier um zwingende Vorschriften handelt, ist bei einem Verstoß gegen dieselben zwar nicht der ganze Arbeitsvertrag, wohl aber die Abrede über die Kündigungsfrist nichtig. Es greift dann die gesetzliche Kündigungsfrist Platz.[31])

---

[29]) Ebenso Unger Nr. 58.

[30]) Ebenso Makower, Komm. zu H.G.B. S. 117; a. M. Staub Anm. 4 zu § 66 H.G.B., der hier lediglich die gesetzliche Kündigungsfrist als maßgebend ansieht. Nelken S. 741 hat die Vorschrift der Minimalkündigungsfrist bei seiner Ansicht, daß auch hier das Arbeitsverhältnis jederzeit gelöst werden könne, nicht genügend gewürdigt.

[31]) Vgl. oben S. 38; eine Ausnahme von der Parität zu Gunsten des Angestellten besteht nach § 624 B.G.B.

Die Kündigung ist, und zwar die befristete wie die unbefristete, sofortige, ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der eine Vertragsteil dem andern gegenüber vorzunehmen hat, also ein sog. empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Wird der Empfang der Kündigung bestritten, so ist der sie behauptende Teil beweispflichtig. Unter Anwesenden ist sie erfolgt, wenn sie dem Adressaten oder seinem Vertreter mündlich erklärt ist:[32]) unter Abwesenden wird sie nach § 130 B.G.B. in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie dem Adressaten zugeht. Das B.G.B. enthält keine ausdrückliche Vorschrift für den Fall, da die Erklärung der Kündigung durch Umstände verhindert wird, welche in der Person des Adressaten liegen. Beispiele: der Arbeiter, dem der Arbeitgeber beim Ende der Tagesarbeitszeit kündigen will, verläßt, um die Kündigung zu verhindern, schleunigst das Lokal; der Arbeiter kann den Arbeitgeber an dem Wochentag, an dem er vereinbarungsgemäß nur kündigen kann, nicht finden, sei es, daß er sich absichtlich verborgen hält oder nur zufällig, z. B. wegen Erkrankung, Verfehlens vom Arbeiter nicht getroffen wird. Habicht[33]) sieht in diesen Fällen die Kündigung auch ohne ihre Erklärung gegenüber dem Adressaten als erfolgt an, indem er sich zur Begründung dieser Ansicht auf § 162 B.G.B., die Vorschriften über den Annahmeverzug des Gläubigers und die Grundsätze über Treu und Glauben, bezieht. Der Ansicht Habichts ist beizutreten, wenn auch seine Begründung derselben nicht in allen Punkten überzeugend ist. Übrigens ist hier auch noch auf den § 130 B.G.B. zu verweisen. Trifft der kündigungslustige Arbeiter z. B. den Arbeitgeber nicht an, so genügt es, wenn er die Kündigung im Geschäftslokal des Arbeitgebers schriftlich hinterläßt oder einer andern dort beschäftigten Person gegenüber verlautbart; denn damit ist sie dem Arbeitgeber zugegangen. Hält sich der Adressat die Ohren zu, um die Kündigung nicht zu hören, so liegt die Sache gerade so, wie wenn er den die Kündigung enthaltenden Brief

---

[32]) Haben die Parteien ausdrücklich vereinbart, daß die Kündigung schriftlich zu erfolgen habe, so ist die mündliche Kündigung nach § 125 B.G.B. nichtig; nimmt aber der Adressat die mündliche Kündigung ausdrücklich an, so ist damit die ursprüngliche Vereinbarung der Schriftform durch das gegenseitige Einverständnis der Parteien als aufgehoben anzusehen.

[33]) Vgl. Habicht in der d. Juristenzeitung 6 S. 265 und die dort zitierten Schriftsteller; zu gleichen Ergebnissen wie Habicht kommt in der Hauptsache David bei Gruchot 46 S. 232, der aber, wohl mit Recht, nicht mit dem § 162 B.G.B., sondern mit dem Grundsatz über Treu und Glauben operiert; ähnlich Dernburg II 1 § 55 und Burchardt S. 49: die Kündigung sei als erfolgt anzusehen, wenn der Adressat durch schuldhaftes Verhalten ihre Ankunft vereitle.

vom Postboten nicht annimmt. Zugegangen ist die Kündigung ihm hier doch. Man wird daher den im § 130 B.G.B. ausgesprochenen Rechtsgrundsatz auch auf Erklärungen unter Anwesenden anwenden dürfen,[34]) zumal da der Gesetzgeber die hier in Frage stehenden Fälle nirgends ausdrücklich geregelt hat.

Zur Kündigung legitimiert sind im allgemeinen nur die Parteien. Die durch einen Boten überbrachte Kündigung ist eine direkte Kündigung der Partei; denn der Bote ist nicht Bevollmächtigter, sondern lediglich der mit der Beförderung der Willenserklärung beauftragte Träger derselben. Die Kündigung kann aber auch ein Bevollmächtigter des einen Teils erklären; die Vollmacht kann für den Spezialfall oder generell für alle Kündigungen, z. B. einem Werkführer, erteilt sein. Der Arbeiter, den der Arbeitgeber von der Bevollmächtigung seines Werkführers zu Kündigungen nicht in Kenntnis gesetzt hat, kann von dem Werkführer, der ihm kündigt, Vorlage einer Vollmachtsurkunde verlangen. Wird diesem Verlangen nicht entsprochen, so ist die Kündigung nach § 174 B.G.B. unwirksam, wenn der Arbeiter sie eben aus diesem Grund unverzüglich zurückweist.[35]) Gleiches gilt, wenn ein Bevollmächtigter des Arbeiters in seinem Namen dem Arbeitgeber kündigt. Die Bestimmungen des § 180 B.G.B. sind anzuwenden, wenn die Kündigung von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht oder gegenüber einem solchen erklärt ist. Beanstandet der eine Teil die mangelnde Vertretungsmacht des andern hier nicht, so hängt die Wirksamkeit der Kündigung von der Genehmigung des Vertretenen ab (§ 177 B.G.B.).[36])

Die vorgetragenen Ausführungen über die Vertretung bei der Kündigung gelten gleichermaßen, mag es sich um befristete Kündigung oder um unbefristete Kündigung (Entlassung, sofortiger Austritt) handeln.

Eine bestimmte Form ist für die Kündigung gesetzlich nicht vorgeschrieben: sie kann also mündlich oder schriftlich, telephonisch oder telegraphisch, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Immer aber muß der Kündigungswille dem andern Teil gegenüber deutlich zum Aus-

---

[34]) Ebenso Koppers bei Gruchot 46 S. 225; vgl. auch Staub Anm. 5 zu § 66 H.G.B. und Nelken S. 610 u. 611; Crome, System II S. 110, die auf die Zustellung nach § 132 B.G.B. verweisen; mit der Möglichkeit der Zustellung ist aber den Parteien natürlich in den wenigsten Fällen gedient.

[35]) Ebenso L.G. Ostrowo in der d. Juristenzeitung 6 S. 216; es genügt also nicht eine bloß allgemein gehaltene Zurückweisung der Kündigung (vgl. für das alte Recht G.G. Charlottenburg im Gew.-G. 4 S. 21 und Unger Nr. 47).

[36]) Über das Recht gewisser dritter Personen zur selbständigen Kündigung vgl. Lotmar S. 565.

druck gekommen sein. Zweifel entstehen in der Praxis nicht selten über die Frage, ob eine Äußerung als befristete oder unbefristete Kündigung gemeint sei. Der Arbeitgeber sagt z. B. zum Arbeiter bloß: „Sehen Sie sich nach anderer Arbeit um“; ist der Arbeiter hier sofort entlassen oder ist ihm nur auf den maßgebenden Kündigungstermin gekündigt? Man wird sagen müssen, daß derjenige Teil, der in einer zu Zweifeln Anlaß gebenden Form kündigt, verpflichtet ist, sobald er das Mißverständnis des andern Teils bemerkt, diesen aufzuklären. Macht also in dem genannten Beispiel der Arbeiter auf die an ihn gerichtete Aufforderung hin Anstalten, um die Arbeit sofort endgültig zu verlassen, so muß ihm der Arbeitgeber, der nur eine ordentliche Kündigung erklären wollte, sofort mitteilen, daß er ihm mit Einhaltung der maßgebenden Kündigungsfrist habe kündigen wollen. Läßt er den Arbeiter dagegen ohne weitere Aufklärung ziehen, so kann er nicht nachträglich, etwa im Prozeß, wie dies manchmal vorkommt, geltend machen, er habe den Arbeiter gar nicht entlassen, sondern ihm nur ordnungsmäßig gekündigt. Gerade dadurch, daß er den Arbeiter ohne weiteres ziehen ließ, hat er sich die vom Arbeiter betätigte Auslegung seiner Äußerung auch zu eigen gemacht.[37]) Äußerungen wie: Sie dürfen mir mein Haus nicht mehr betreten, lassen Sie die Arbeit sofort stehen, sind gleichbedeutend mit unbefristeter Kündigung, Entlassung. Verläßt der Arbeiter ohne animus revertendi, also endgültig die Arbeit, so ist hierin eine stillschweigende Kündigung nur zu erblicken, wenn der Arbeiter dem Arbeitgeber den Kündigungswillen, das Fehlen des animus revertendi erkennbar gemacht hat.[38])

Die Kündigung kann nicht einseitig widerrufen werden,[39]) denn es werden durch sie bestimmte Rechtswirkungen auf das Vertragsverhältnis, insbesondere die Stellung des Empfängers, ausgeübt. Dagegen kann sie selbstverständlich durch Vereinbarung der Parteien rückgängig gemacht werden. Ein bedingter Widerruf ist ebenfalls ungültig; übrigens wird es richtiger sein, den bedingten Widerruf dahin aufzufassen, daß

---

37) Ebenso G.G. Berlin in der Soz. Pr. 12 S. 323.

38) Vgl. Lotmar S. 564 u. 567; den animus revertendi hat z. B. der Arbeiter, der erkrankt ist, Blauen macht. § 124 b G.O. ist daher hier nicht anwendbar. Unterläßt aber der kranke Arbeiter eine Entschuldigung, so wird § 123 Z. 3 G.O. anwendbar. Hat er sich entschuldigt, so kann er wohl während der Krankheit nach § 123 Z. 8 G.O., nicht aber nachher entlassen werden.

39) Ebenso Lotmar S. 572; Crome, System II S. 110; wohl aber ist die einseitige Umwandlung der gesetzlich nicht gerechtfertigten sofortigen Kündigung (Entlassung) in ordnungsmäßige Kündigung unter Umständen zulässig (vgl. oben S. 80).

der ihn erklärende Teil dem andern nur in Aussicht stellt, er sei beim Eintritt einer gewissen Bedingung bereit, mit ihm die Rückgängigmachung der Kündigung zu vereinbaren. Die Frage, ob eine bedingte Kündigung zulässig sei, ist bestritten. Die überwiegende Ansicht geht dahin, daß in bedingter Form nicht gekündigt werden könne.[40]) Lotmar hält zwar eine unter einer Resolutivbedingung erklärte Kündigung auch für ungültig; dagegen bezeichnet er die suspensiv bedingte Kündigung als gültig und rechtswirksam. Die etwa maßgebende Kündigungsfrist läuft aber nach seiner Ansicht erst vom Eintritt der Bedingung an.[41]) Der Ansicht Lotmars kann hier nicht beigetreten werden, insoweit als der gewerbliche Arbeitsvertrag in Frage kommt. Denn die hier in der Form der Bedingung vorkommenden Kündigungen sind bei einer richtigen Willensauslegung gar keine bedingten Kündigungen im Rechtssinn; die Kategorie der Bedingung muß hier ganz außer Betracht bleiben.

Erklärt der Arbeitgeber dem Arbeiter: ich entlasse Sie hiermit wegen Diebstahls, falls Sie mir nicht innerhalb dreier Tage Ersatz leisten, oder der Arbeiter dem Arbeitgeber: ich trete aus, falls Ihr Vertreter, der Werkführer X, sich nicht wegen der mir zugefügten groben Beleidigung innerhalb dreier Tage in Gegenwart eines Werkstattkollegen bei mir entschuldigt, so ist Entlassung und Austritt beim Ausbleiben der Bedingung nach drei Tagen zulässig. Zulässig nicht auf Grund der Bedingung, sondern nach § 123 Z. 2 u. § 124 Z. 2 G.O. Die Setzung der Bedingung hat nach dem richtig verstandenen Willen des Erklärenden lediglich die Bedeutung einer Ankündigung davon, daß er unter gewissen Voraussetzungen von seinem Recht der unbefristeten Kündigung Gebrauch machen werde.[42]) Die Richtigkeit dieser Auslegung ergibt sich noch deutlicher aus folgendem Beispiel: der vom Arbeiter grob beleidigte Arbeitgeber sagt zu diesem: ich erkläre Ihnen hiermit Ihre Entlassung, falls Sie mich noch einmal grob beleidigen. Faßt man diese Erklärung als bedingte Entlassung auf, so muß man annehmen, daß mit dem Eintritt der Bedingung das Ende des Arbeitsverhältnisses ohne weiteres,

---

[40]) So Dernburg B.R. II 1 § 55; Crome, System des b. R. I § 97 Nr. 3; Endemann I § 170 Anm. 6; Schenkel Anm. 2 zu § 122 G.O.; Landmann Anm. 2 zu § 122 G.O.; Nelken S. 611; Stadthagen S. 88; R.O.G. 4 S. 341; vgl. auch O.L.G. Braunschweig in Seufferts Archiv B. 57. Nr. 60.

[41]) Lotmar S. 575—581; ebenso Staub Anm. 10 zu § 66 H.G.B., der eine bedingte Kündigung anerkennt, wenn sie bestimmt sei. Im praktischen Ergebnis wird sich die im Text vertretene Ansicht mit der Auffassung Staubs decken.

[42]) So von seinem Standpunkt aus mit Recht Lotmar S. 579.

also ohne eine Wiederholung der Entlassungserklärung seitens des Arbeitgebers eintritt.[43]) Der Arbeiter, der von dem Arbeitsverhältnis loskommen will, dürfte also den Arbeitgeber nur grob beleidigen; er könnte unter Berufung auf den Eintritt der Bedingung seinen Austritt nehmen, selbst wenn ihm der Arbeitgeber die zweite grobe Beleidigung verzeihen wollte! Eine solche Auslegung kann dem Willen des Erklärenden nicht entsprechen; sie entspricht auch nicht den Erfahrungen der Praxis. Die Beteiligten erwarten hier erfahrungsgemäß auch beim Eintritt der Bedingung eine Wiederholung der Entlassungs-, bezw. Austrittserklärung. sie sehen die „bedingte“ unbefristetete Kündigung lediglich als Ankündigung einer später unter Umständen erst erfolgenden Kündigung an. Mit der Verwendung der Kategorie der Bedingung kommt man hier aber auch mit dem § 123 Abs. 2 und § 124 Abs. 2 G.O. in Widerspruch. Beispiel: der Arbeitgeber erklärt dem Arbeiter: Sie sind wegen der mir heute zugefügten vorsätzlichen, rechtswidrigen Sachbeschädigung entlassen, sobald Sie sich noch einmal das Geringste, mag es sich um einen gesetzlichen Entlassungsgrund handeln oder nicht, zu Schulden kommen lassen. Nach der hier bekämpften Ansicht könnten die Parteien die gesetzlichen Fristen der §§ 123 Abs. 2 und 124 Abs. 2 G.O. mit einer derartigen Erklärung ganz bedeutungslos machen. Der Gesetzgeber will durch diese Fristsetzungen dem heilenden Einfluß der Zeit die ihr gebührende Bedeutung verschaffen. Ist nach Ablauf dieser Fristen die unbedingte unbefristete Kündigung nicht mehr zulässig, so kann der vom Gesetzgeber reprobierte Zustand nicht auf dem Weg der einseitig gesetzten Bedingung hergestellt werden. Kann das Arbeitsverhältnis ohnedies von den Parteien ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist auf Grund einer Abrede jederzeit gekündigt werden, so hat die „bedingte“ Kündigung ganz sicher nur die Bedeutung ihrer Ankündigung, Androhung.

Die unter einer Bedingung ergehende unbefristete Kündigung ist dem Ausgeführten zufolge nur als Ankündigung einer später unter gewissen Voraussetzungen vielleicht erfolgenden unbefristeten Kündigung anzusehen. Ob sie in einem späteren Zeitpunkt zulässig sei, hängt aber davon ab, ob in diesem späteren Zeitpunkt ein gesetzlicher Entlassungs- oder Austrittsgrund vorliegt.

Wird die befristete Kündigung (z. B. Kündigung auf 14 Tage) unter einer „Bedingung“ erklärt, so liegt entweder ebenfalls nur eine Ankündigung der später unter gewissen Voraussetzungen erfolgenden Kün-

[43]) Vgl. z. B. Staub a. a. O.

digung oder aber eine bedingungslose Kündigung vor, bei welcher der Kündigende dem Empfänger der Kündigung in Aussicht stellt, daß er bereit sei, unter gewissen Voraussetzungen im Einverständnis mit ihm die Kündigung wieder rückgängig zu machen. Auch hier muß also bei einer den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung tragenden Willensauslegung die Kategorie der „Bedingung" ganz außer Betracht bleiben. Der Arbeitgeber, der dem Arbeiter erklärt: „Wenn Sie noch einmal einen solchen Fehler machen, ist Ihnen auf 14 Tage gekündigt", will hier offenbar dem Arbeiter zur Anspornung seines Fleißes die Kündigung nur androhen, ihm zum Bewußtsein bringen, daß er im Wiederholungsfall mit der Kündigung zu rechnen habe. Die Kündigungsfrist läuft dann aber nicht schon mit Eintritt des Wiederholungsfalls, sondern erst mit ihrer Erklärung.[44]) Denn auch hier muß es dem Arbeitgeber überlassen bleiben, ob er kündigen will oder nicht.

Erklärt der Arbeiter oder eine Mehrzahl von Arbeitern dem Arbeitgeber die Kündigung auf 14 Tage, falls er eine vorgeschlagene Werkstattordnung oder einen Tarif nicht anerkenne oder einen mißliebigen Werkführer nicht entlasse oder erklärt der Arbeitgeber dem Arbeiter, es sei ihm auf 14 Tage gekündigt, wenn er nicht aus der Gewerkschaft austrete, so liegt eine bedingungslose und rechtsgültige Kündigung vor, bei der der Kündigende nur zum voraus sein Einverständnis mit der vom Empfänger vielleicht gewünschten Rückgängigmachung unter gewissen Voraussetzungen erklärt.[45]) Daß diese Willensauslegung dem Parteiwillen entspricht, lehrt die Erfahrung der Praxis. Der Arbeitgeber läßt, trotzdem er dem an ihn gestellten Verlangen nachgibt, auf Grund einer solchen Kündigung einen Teil seiner Arbeiter mit Ablauf der Kündigungsfrist ruhig ziehen. Die Arbeiter wissen, daß sie dies riskieren, und verlangen deshalb ausdrücklich von vornherein, daß im Fall einer Einigung alle Arbeiter weiter beschäftigt werden müssen, daß also der

44) A. M. Lotmar S. 580, der die Kündigungsfrist hier schon von dem Eintritt der „Bedingung" laufen lassen will. Was für Augen wird aber der Arbeitgeber da machen, wenn der Arbeiter plötzlich nach Ablauf dieser Frist ohne weiteres austritt?

45) Diese Kündigung unterscheidet sich also von einer bedingten Willenserklärung im Rechtssinn insofern, als sie das Einverständnis des Gegners zu ihrer Rückgängigmachung erfordert, während bei Annahme einer richtigen Bedingung mit ihrem Eintritt die bedingungslose Wirkung der Willenserklärung ohne weiteres, also ohne Zutun des Gegners, eintritt. De lege lata kann der Arbeitgeber dem Arbeiter unter Androhung der ordnungsmäßigen Kündigung den Beitritt zu einem Verein untersagen; dagegen kann der Verzicht auf die Ausübung der Koalitionsbefugnis nicht vertragsmäßig festgelegt werden; vgl. oben S. 47 Anm. 3.

Arbeitgeber auf das Angebot der Zurücknahme der Kündigung bei allen Arbeitern eingehen solle.

Da es sich in diesen Fällen um die Auslegung einer Willenserklärung handelt, so kann die Frage, ob nur eine Ankündigung, eine Androhung der zukünftigen Kündigung oder aber eine bedingungslose Kündigung mit dem zugleich gemachten Angebot ihrer Rückgängigmachung vorliege, nur im einzelnen Fall auf Grund des Sachverhalts getroffen werden.

Die Kündigung kann an sich jederzeit und überall dem andern Teil erklärt werden. Doch wird man sagen dürfen, daß die Parteien stillschweigend sich dahin einig sind, daß die Kündigung nicht zu unpassender Zeit, etwa nachts um 12 Uhr oder an unpassendem Ort, etwa in der Kirche, dem Adressaten erklärt werden solle. Eine solche Kündigung wäre wohl als ungültig anzusehen, sofern sie der Adressat zurückweist.[46])

Die Kündigung kann erklärt werden, mag der Arbeiter arbeiten oder nicht; sie kann also auch z. B. in der zwischen dem Abschluß des Arbeitsvertrags und dem Termin für die tatsächliche Aufnahme der Arbeit liegenden Zeit erklärt werden.[47]) Die Kündigungsfrist läuft dann von der Erklärung an. Ist schon beim Abschluß des Vertrags von den Parteien der Ausschluß jeder Kündigungsfrist vereinbart worden, so kann jede Partei in der genannten Zwischenzeit das Vertragsverhältnis jederzeit lösen. Ereignet sich in dieser Zwischenzeit ein Tatbestand, der zur sofortigen Entlassung oder zum sofortigen Austritt berechtigt, so kann ebenfalls schon in dieser Zwischenzeit der Vertrag gelöst werden.[48])

II. Das Arbeitsvertragsverhältnis kann ordentlicherweise auch vor Eintritt seines vertragsmäßigen Endes durch das gegenseitige Einverständnis der Parteien aufgelöst werden. Diese Beendigung des Vertragsverhältnisses mutuo consensu ist stets möglich und in der Praxis sehr häufig vorkommend, mag es auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen sein. Praktisch gestaltet sich die Sache hier folgendermaßen: der eine Teil macht dem andern den Vorschlag, daß das an sich von Rechtswegen noch nicht lösbare Vertragsverhältnis sofort beendigt werden

[46]) So Lotmar S. 567; vgl. auch §§ 180 u. 188 C.P.O. in Verb. mit § 132 B.G.B.

[47]) So mit Recht Lotmar S. 519; Unger Nr. 144; a. M. Staub Anm. 8 zu § 66 H.G.B. und wohl im Anschluß an ihn Burchardt S. 50, die die Kündigungsfrist hier von dem Anfangstermin der tatsächlichen Arbeitsleistung rechnen (vgl. auch O.L.G. Hamburg in der Zeitschr. für Handelsrecht 40 S. 452).

[48]) Diejenigen Tatbestände aus §§ 123 u. 124 G.O., die eine tatsächliche Aufnahme der Arbeit voraussehen, kommen hier natürlich nicht in Betracht.

solle.[49]) Nimmt der andere dann den Vorschlag an, verzichtet er also auf seinen Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zu seinem vertragsmäßigen Ende, so ist damit das Vertragsverhältnis in rechtsgültiger Weise gelöst. Die Annahme kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen; immer aber muß der Annahmewille deutlich zum Ausdruck gekommen sein. Dies ist nicht der Fall, wenn der Arbeiter, dem gegenüber ein gesetzlicher Entlassungsgrund nicht vorliegt, der Aufforderung des Arbeitgebers zum sofortigen Austritt ohne Widerrede Folge leistet.[50]) Es ist umgekehrt auch nicht der Fall beim rechtswidrigen Austritt des Arbeiters. Eine Verpflichtung des vertragstreuen Teils, gegen das vertragsbrüchige Verhalten des andern ausdrücklich Widerspruch zu erheben, kann nicht anerkannt werden. Zudem liegen die Gründe, welche den vertragstreuen Teil hier zum Schweigen veranlassen, erfahrungsgemäß auf einem ganz andern Gebiet als auf dem des stillschweigenden Verzichts: Er will einen unliebsamen Auftritt mit dem Gegner vermeiden, er ist sich selbst noch nicht klar, ob er sich die vorzeitige Lösung des Arbeitsverhältnisses gefallen lassen muß, und will sich daher bei einem gesetzeskundigen Mann zunächst erkundigen u. s. w. Auch in der vorbehaltlosen Annahme des bis zum Austritt verdienten Lohns seitens des zu Unrecht entlassenen Arbeiters kann noch nicht sein Einverständnis zur vorzeitigen Lösung des Arbeitsverhältnisses erblickt werden.[51]) Der Wille des Einverständnisses, des Verzichts muß vielmehr ganz deutlich zum Ausdruck kommen; die Auslegung darf keine Gewaltakte begehen. Zahlt der eine Teil dem andern einen gewissen Geldbetrag, um eben sein Einverständnis zur vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erlangen, so gewähren ihm nachher, d. h. nach der Beendigung eintretende Umstände, die bei bestehendem Arbeitsverhältnis die Entlassungs- oder Austrittsbefugnis begründen würden, keinen Anspruch auf Rückzahlung des entrichteten Geldbetrags. Denn

---

49) Der Arbeitgeber sagt z. B. zum Arbeiter: „meinetwegen können Sie sofort austreten, ich stelle Ihnen das ganz frei"; der Arbeiter sagt: „wenn Sie mich nicht brauchen können, so dürfen Sie es nur sagen, ich bin bereit, sofort auszutreten" u. ähnl. Eine praktisch häufig vorkommende Redewendung ist auch: „wenn es Ihnen bei mir nicht paßt, so können Sie gehen, ich halte Sie nicht".

50) Ebenso Lotmar S. 568; vgl. auch Nelken S. 742; Makower, Komm. zum H.G.B. S. 118; a. M. Schenkel Anm. 6 zu § 122 G.O.; Prenner S. 92; wohl auch L.G. Berlin (Soz. Pr. 12 S. 203), indem es ein ausdrückliches Arbeitsangebot des entlassenen Handlungsgehilfen verlangt (vgl. oben S. 76 Anm. 32); ebenso Staub Anm. 8 zu § 66 H.G.B.

51) Vgl. Seufferts Archiv 57 Nr. 30: die Annahme einer dem Gläubiger gebührenden Leistung schließe nicht den Verzicht auf anderweitige Rechte in sich.

das Arbeitsverhältnis ist hier endgültig und ordnungsmäßig gelöst.[52]) Die bezahlte Summe ist Vergleichssumme; die im § 779 B.G.B. für die Anfechtbarkeit eines Vergleichs gegebenen Voraussetzungen treffen in einem solchen Fall nicht zu.

§ 21.

Die ausserordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

In außerordentlicher Weise wird das Vertragsverhältnis durch die nach Lage des Gesetzes zulässige unbefristete Kündigung, die Kündigung ohne Einhaltung der maßgebenden Kündigungsfrist, beendigt. In der gewerblichen Praxis spricht man hier meist von „Entlassung“ und „sofortigem Austritt“; auch die Wendung: „sofortige Kündigung“ kommt häufig vor. Im Anschluß an den Sprachgebrauch des B.G.B. wird man bei einer juristischen Untersuchung der verschiedenen Kündigungsarten mit Recht nach Lotmar hier von „unbefristeter Kündigung“ sprechen.

Die unbefristete Kündigung ist Kündigung. Es gelten daher auch für sie die Ausführungen, die im § 20 über das Rechtsgeschäft der Kündigung gegeben worden sind, soweit sie sich nicht auf die Kündigungsfrist beziehen. Hervorgehoben möge hier nur folgendes werden:

Auch die unbefristete Kündigung, mag sie als Erklärung der Entlassung oder des sofortigen Austritts praktisch werden, ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das gesetzlich an keine Formvorschrift gebunden ist, das aber den Kündigungswillen dem Gegner unzweideutig zum Ausdruck bringen muß.[1]) Die in der Form einer Bedingung erklärte unbefristete Kündigung hat nur die Bedeutung einer Ankündigung, Androhung einer zukünftigen Kündigung.

Durch die unbefristete Kündigung wird das Arbeitsverhältnis faktisch und rechtlich beendigt, mag es auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen worden sein.[2]) Voraussetzung für diese Rechtswirkung ist aber, daß die unbefristete Kündigung gesetzlich begründet ist, daß sie

---

[52]) Ebenso Seufferts Archiv 55 Nr. 148.

[1]) Die Aufforderung, der Arbeiter solle die Arbeit aufgeben, aber noch 14 Tage im Geschäft bleiben, wollen A.G. und L.G. Berlin im Gew.-G. 6 S. 185 als sofortige Entlassung ansehen. Diese Ansicht ist sehr bedenklich; der Arbeiter hat ja kein Recht auf Arbeit, sondern nur Anspruch auf Lohnzahlung (vgl. oben S. 77).

[2]) Die unbefristete Kündigung ähnelt im Erfolg dem Fall, da die Parteien den Ausschluß jeder Kündigungsfrist vereinbart haben. Die Verschiedenheit liegt aber darin, daß es sich bei der unbefristeten Kündigung um ein einseitiges und darum außerordentliches Recht der Lösung des Vertragsverhältnisses handelt.

durch einen gesetzlichen Entlassungs- oder Austrittsgrund gerechtfertigt wird. Es kann daher z. B. ein auf drei Jahre eingegangener Arbeitsvertrag vor Ablauf dieser Zeit durch die unbefristete Kündigung zum vorzeitigen Ende gebracht werden, wenn dieselbe gesetzlich begründet ist. Läßt sich die unbefristete Kündigung nicht rechtfertigen, so kann ihr im Weg der Konversion nur die Bedeutung der ordnungsmäßigen Kündigung zugemessen werden.[3]) Das Vertragsverhältnis besteht im letzteren Fall rechtlich bis zum Eintritt seines vertragsmäßigen Endes weiter; insolange besteht also auch der Anspruch auf Arbeitsleistung bezw. Entschädigung und der Anspruch auf Lohnzahlung. Ist dagegen die unbefristete Kündigung gesetzlich begründet, so wird durch sie das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung für die Zukunft beendigt.

Die unbefristete Kündigung[4]) ist gesetzlich begründet, wenn sie auf Grund eines Tatbestands erfolgt, der vom Gesetz als Grund für die sofortige Lösung des Arbeitsverhältnisses anerkannt ist. Solche Gründe sind im Gesetz selbst bezeichnet; neben diesen im Gesetz bezeichneten Gründen können die Parteien auch noch andere im Weg der Vereinbarung festsetzen. Dies wird allseitig anerkannt und auch in den §§ 134 b Z. 3 u. 134 c Abs. 2 G.O. als zulässig vorausgesetzt. Eine Schranke muß hier aber der Privatdisposition der Parteien insofern gesetzt werden, als durch eine solche Vereinbarung der einen Partei nicht in einseitiger Weise das Recht verliehen werden kann, das Arbeitsverhältnis jederzeit unbefristet zu kündigen.[5]) Denn durch eine solche Vereinbarung würde das Paritätsgebot der §§ 122 u. 133 aa G.O. verletzt. Werden daher z. B. neben den in § 123 G.O. festgesetzten Entlassungsgründen noch weitere solche Gründe bestimmt, so hängt die Frage nach der Zulässigkeit dieser Bestimmung davon ab, ob sich praktisch auch Fälle denken lassen, in welchen dem Arbeitgeber nach der Vereinbarung das Recht zur sofortigen Entlassung des Arbeiters nicht zusteht. Selbstverständlich dürfen solche Vereinbarungen auch nicht gegen ein gesetzliches Gebot oder die guten Sitten verstoßen.[6])

Die Gründe, welche zur unbefristeten Kündigung des gewerblichen Arbeitsvertrags berechtigen, sind in den §§ 123—124 a, 133 b—d G.O.

---

[3]) Vgl. oben S. 72 und G.G. Berlin in der Soz. Pr. 12 S. 573.

[4]) Die unbefristete Kündigung ist nicht identisch mit dem Rücktritt vom Vertrag, sie wirkt nur für die Zukunft, nicht für die Vergangenheit (vgl. oben S. 64); es ist daher auch nicht richtig, wenn Nelken S. 613 hier den § 349 B.G.B. heranzieht.

[5]) Ebenso z. B. Schenkel Anm. 7 zu § 122 G.O.

[6]) Dies wird allseitig anerkannt; vgl. oben § 10 u. 11 und S. 161 Anm. 45.

aufgezählt. Sind neben diesen Gründen keine weiteren im Weg der Vereinbarung von den Parteien festgesetzt, so ist die unbefristete Kündigung nur gerechtfertigt, wenn einer jener gesetzlichen Gründe vorliegt. Ein Blick auf die §§ 123 u. 124 G.O., in welchen eine sehr lückenhafte Katalogisierung dieser Gründe gegeben ist, lehrt, daß jene gesetzlich gebotene Folgerung in der Praxis zu unbilligen und dem allgemeinen Rechtsgefühl widersprechenden Urteilen führen muß. Auch hier sollte der Gesetzgeber den bestehenden Mißständen endlich einmal Abhilfe schaffen!

Wohl allseitig anerkannt wird jetzt, daß der § 626 B.G.B. auf den gewerblichen Arbeitsvertrag nicht anwendbar ist.[7]) Der § 627 B.G.B., der andere Dienstverhältnisse als der § 133a G.O. regelt, kann auch für den gewerblichen Arbeitsvertrag in Betracht kommen; es wird dies aber praktisch nur sehr selten vorkommen.

Was nun die Gründe betrifft, welche nach der G.O. die unbefristete Kündigung, also das Recht der sofortigen Entlassung und des sofortigen Austritts rechtfertigen, so ist folgendermaßen zu unterscheiden:

a) Bei dem auf unbestimmte Zeit eingegangenen Arbeitsvertrag des gewöhnlichen Gesellen oder Gehilfen ist, sofern nicht eine längere als vierzehntägige Kündigungsfrist vereinbart ist (vgl. § 124a G.O.), die unbefristete Kündigung nur gerechtfertigt, wenn einer der in den §§ 123 und 124 G.O. erschöpfend aufgezählten Tatbestände vorliegt. Das gleiche gilt, wenn der Arbeitsvertrag auf eine bestimmte, die Dauer von vier Wochen aber nicht erreichende Zeit eingegangen ist (§ 124a G.O.). Eine ausdehnende Auslegung der in den §§ 123 u. 124 G.O. aufgezählten Gründe im Weg der Analogie ist, wie in der gewerbegerichtlichen Praxis wohl allseitig anerkannt ist,[8]) nicht angängig; dies ergibt sich schon aus der Fassung der §§ 123 u. 124 und insbesondere des § 124a G.O. („Außer!"). Die Vorschriften der §§ 123 u. 124 G.O. haben also zwingenden Charakter; sie können daher auch im Weg der Vereinbarung weder ganz noch teilweise außer Kraft gesetzt werden.[9]) Dies gilt insbesondere auch von den Fristbestimmungen in den §§ 123 Abs. 2 u. 124 Abs. 2 G.O.[10]) Eine

---

[7]) Vgl. oben S. 11.

[8]) Vgl. z. B. Unger Nr. 108; Schenkel Anm. 2 zu § 123 G.O.; Landmann Anm. 2 zu § 123 G.O.; Nelken S. 613; Burchardt S. 53; a. M. wohl nur Dernburg B.R. II 2 § 309 S. 404.

[9]) Ebenso Nelken S. 800; Lotmar S. 611 u. 623, der aber die Ausscheidung einzelner Gründe zulassen will, sofern sie nicht moralwidrig seien.

[10]) Lotmar S. 613 u. 614 will die Beschränkung, aber nicht die Ausdehnung der Frist zulassen. Die Ansicht des G.G. Frankfurt a. M. (Gew.-G. 4 S. 23), daß sich die Frist bis zur Ermittlung des Tatbestands verlängere, ist bedenklich.

Vereinbarung, daß außer den in den §§ 123 u. 124 G.O. aufgezählten Gründen noch bestimmte weitere gelten sollen, ist aber, wie bereits oben ausgeführt worden ist, zulässig.[11])

Eine gesetzliche Vorschrift, daß der kündigende Teil dem andern die Gründe der Kündigung bei dieser ausdrücklich mitzuteilen habe, besteht nicht; will sie der Empfänger der Kündigung erfahren, so muß er eben prozessieren.[12]) Hat der kündigende Teil dem andern bei der Kündigung einen bestimmten Grund angegeben, so ist er in einem etwa nachfolgenden Prozeß nicht gehindert, auch noch weitere, vorher nicht ausdrücklich genannte Kündigungsgründe geltend zu machen.[13]) Denn die Frage, ob die unbefristete Kündigung nach § 123 bezw. 124 G.O. gerechtfertigt sei, ist ganz objektiv zu entscheiden; einen Verzicht auf die Geltendmachung weiterer Kündigungsgründe darf man hier nicht ohne weiteres annehmen. Nicht selten kommt es in der Praxis vor, daß eine unbefristet erfolgte Kündigung zunächst gesetzlich nicht begründet war, daß sich aber nach der Kündigung ein Tatbestand ereignet, der sie gerechtfertigt haben würde. Beispiel: der zu Unrecht entlassene Arbeiter beleidigt am Tag nach der Entlassung den Arbeitgeber in gröblicher Weise. Ist der Arbeitgeber berechtigt, gegenüber der auf die an sich ungerechtfertigte Entlassung gestützten Lohnforderung des Arbeiters die ihm zugefügte grobe Beleidigung im Prozeß geltend zu machen?[14]) Durch die zunächst als ungerechtfertigt erscheinende Entlassung ist das Vertragsverhältnis keineswegs sofort aufgelöst worden;[15]) es besteht vielmehr, wenn auch faktisch gelöst, rechtlich bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter.[16]) Es muß daher dem Arbeitgeber, wie im umgekehrten Fall dem Arbeiter, das Recht zustehen, einen nachträglich eintretenden Kündigungsgrund geltend zu machen. Jedoch geht es nicht an, der Geltendmachung dieses Rechts insoweit rückwirkende Kraft beizumessen, daß die unbefristete Kündigung von Anfang an als gerechtfertigt anzusehen sei. Vielmehr müssen die infolge der zunächst un-

---

11) Die Vereinbarung, daß Entlassung und Austritt nach den §§ 123 u. 124 G.O. und beim Vorliegen „anderer wichtiger Gründe“ zulässig sei, ist gültig.

12) Ebenso Staub Anm. 1 zu § 70 H.G.B.; Lotmar S. 567.

13) Ebenso Staub a. a. O.; Burchardt S. 57.

14) Diese Frage wird bejaht von Staub a. a. O. und den dort zitierten; Nelken S. 623 u. 753; Burchardt S. 57; Crome, System II S. 658 Anm. 23; R.G.E. in C.S. B. 32 S. 249 und bei Beckmann 3 S. 353 (1902); G.G. Berlin bei Unger Nr. 99; L.G. Posen im Gew.-G. 5 S. 49; a. M. G.G. Offenbach im Gew.-G. 6 S. 199.

15) Dies hat das G.G. Offenbach a. a. O. verkannt.

16) Vgl. oben S. 77.

gerechtfertigten Kündigung dem Arbeiter erwachsenden Lohnansprüche diesem bis zu dem Zeitpunkt erhalten bleiben, in dem nachträglich ein gesetzlicher Kündigungsgrund eingetreten ist; denn diese Forderung ist bereits rechtsgültig entstanden. Wenn der Arbeitgeber in dem erwähnten Fall die Entlassungserklärung nach dem nachträglichen Eintritt des Kündigungsgrund auch nicht ausdrücklich wiederholt, so kann er doch nachher in einem etwaigen Prozeß geltend machen, daß die tatsächlich erklärte Entlassung das Vertragsverhältnis, wenn auch nicht sofort, so doch in dem Augenblick, in dem der Kündigungsgrund eingetreten ist, von Rechtswegen gelöst habe.[17])

Eine Darstellung der in den §§ 123 u. 124 G.O. aufgezählten Entlassungs- und Austrittsgründen kann im Rahmen dieser Schrift nicht gegeben werden; es ist auf die Kommentare zur G.O. zu verweisen. Zu bemerken ist hier nur, daß der Tatbestand des § 123 Z. 1 G.O. den Arbeitgeber nach § 123 B.G.B. auch zur Anfechtung des Arbeitsvertrags wegen arglistiger Täuschung berechtigt. Nach § 123 Abs. 2 G.O. ist das Recht der sofortigen Entlassung an eine Präklusivfrist von einer Woche seit Kenntnis von dem Entlassungsgrund gebunden: nach § 124 B.G.B. beträgt die Anfechtungsfrist ein Jahr. Der § 123 Z. 1 G.O. zeigt, wie so manche andere Bestimmung der G.O., daß der Gesetzgeber bei der Schaffung der G.O. nicht dasjenige Maß zivilistischer Schulung aufgewendet hat, das anderen Gesetzen mit privatrechtlichem Inhalt zu Grunde liegt. Die unbefristete Kündigung, d. h. also hier die Entlassung, wirkt nur für die Zukunft; sie läßt den Vertrag für die Vergangenheit bestehen. Wird aber der Vertrag wegen arglistiger Täuschung mit Erfolg angefochten, so ist er nach § 142 Abs. 1 B.G.B. als von Anfang an nichtig anzusehen. Mit dem Satz, daß das spezielle Gesetz dem allgemeinen Gesetz vorgehe, könnte man hier nur dann operieren, wenn Entlassung und Anfechtung gleichbedeutend wären. Da dies nicht der Fall ist, muß hier das allgemeine Gesetz, also das B.G.B. der G.O. vorgehen.

Nach § 123 Z. 8 G.O. kann der Arbeiter sofort entlassen werden, wenn er zur Fortsetzung der Arbeit unfähig ist; dies ist z. B. bei seiner Erkrankung der Fall. Die Entlassung muß, wie in der gewerbegerichtlichen Praxis wohl allseitig anerkannt wird,[18]) während der Zeit erklärt werden, innerhalb welcher der Arbeiter arbeitsunfähig ist. Wenn also

---

[17]) Vgl. R.G. in C.S. (Entsch. B. 32 S. 251).

[18]) Vgl. z. B. G.G. Berlin und Karlsruhe bei Unger Nr. 105; Schenkel Anm. 15 zu § 123 G.O.; Nelken S. 618; Burchardt S. 56.

Das Gleiche wie das im Text Gesagte muß umgekehrt auch bei § 124 Z. 1 G.O. gelten.

der während seiner Krankheit nicht entlassene Arbeiter sich nach seiner Gesundung wieder zur Fortsetzung des durch die Krankheit an sich nicht beendigten Vertragsverhältnisses dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt, so kann ihn dieser nicht mehr auf Grund des § 123 Z. 8 G.O. entlassen. Ist der Arbeiter wegen Krankheit von der Arbeit weggeblieben, ohne sein Ausbleiben zu entschuldigen, so kann § 123 Z. 3 G.O. anwendbar werden. Wann eine Arbeitsunfähigkeit im Sinn des § 123 Z. 8 G.O. gerade bei Krankheit anzunehmen sei, hat in der Praxis schon mannigfachen Anlaß zu Zweifeln gegeben. Können hier nur Krankheiten von längerer Dauer[19]) oder auch rasch vorübergehende Krankheiten in Frage kommen? Wenn man den Wortlaut des § 123 Z. 8 G.O. streng auslegt, muß man sich für die letztere Alternative entscheiden. Dem Willen des Gesetzgebers wird man bei einer solchen strengen Auslegung wohl nicht gerecht werden.[20]) Denn der Gesetzgeber hat durch die Schaffung des § 616 B.G.B. zu erkennen gegeben, daß unverschuldete Arbeitsbehinderungen von verhältnismäßig nicht erheblicher Dauer auf das Bestehen des Vertragsverhältnisses keinen dem Arbeiter nachteiligen Einfluß haben sollen. Man wird daher wohl sagen dürfen, daß der Arbeiter wegen unverschuldeter Krankheit nach § 123 Z. 8 G.O. nur entlassen werden darf, wenn die damit verbundene Arbeitsunfähigkeit eine verhältnismäßig erhebliche Zeit dauert.[21])

b) Bei dem auf die bestimmte Zeit von mindestens vier Wochen eingegangenen Arbeitsvertrag des gewöhnlichen Gesellen oder Gehilfen ist die unbefristete Kündigung nach § 124a G.O.[22]) außer den in den §§ 123 u. 124 G.O. bezeichneten Fällen auch dann stets begründet, wenn wichtige Gründe für dieselbe vorliegen. Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit aber mit einer längeren als vierzehntägigen Kün-

---

19) So z. B. Schenkel Anm. 15 zu § 123 G.O.

20) Aus der Geschichte des § 123 Z. 8 läßt sich hier gar nichts folgern. Der im Reichstag gestellte Antrag, vor „unfähig" das Wort „dauernd" einzusetzen, wurde in der Kommission angenommen, bei der zweiten Lesung im Plenum aber ohne Debatte wieder gestrichen.

21) Ebenso Burchardt S. 46; Nelken S. 617; a. M. v. Schulz im Archiv für soz. Gesetzg. u. Stat. 13 S. 393; auch Schalhorn im Gew.-G. 4 S. 79 und Neukamp im Verw.-Archiv 5 S. 230.

22) Auch der § 124a G.O. ist mangelhaft redigiert; die §§ 123, 124, 124a, 133b G.O. haben offenbar alle den Begriff „unbefristete Kündigung" zur Voraussetzung, beobachten aber keineswegs einen einheitlichen Sprachgebrauch. Aus § 124a darf übrigens so wenig wie aus § 133b G.O. gefolgert werden, daß das „Verlangen nach Aufhebung des Arbeitsverhältnisses" nur im Weg der Klage gestellt werden könne, daß also das Urteil konstitutiv wirke.

digungsfrist eingegangen ist.[23]) Der § 124 a G.O. stimmt also sachlich mit dem § 626 B.G.B. überein. Was als „wichtiger Grund“ außer den in den §§ 123 u. 124 G.O. genannten Fällen anzusehen sei, kann nur im einzelnen Fall auf Grund des Sachverhalts entschieden werden.[24]) Der § 124 a G.O. schreibt nicht wie die §§ 123 Ab. 2 u. 124 Abs. 2 G.O. eine Präklusivfrist für die Geltendmachung des Kündigungsgrunds vor; er entspricht also auch hierin dem § 626 B.G.B. Damit ist selbstverständlich nicht gesagt, daß hier die Geltendmachung der Kündigungsgründe zeitlich an gar keine Schranke gebunden sei. Vielmehr sind hier wie bei § 133 b G.O. die allgemeinen Auslegungsgrundsätze über Verzicht, Verzeihung u. s. w. anzuwenden.[25])

c) Bei dem Arbeitsvertrag der Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker im Sinn des § 133 a G.O., mag er auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen sein, ist die unbefristete Kündigung nach § 133 b G.O. gerechtfertigt, wenn wichtige Gründe für dieselbe vorliegen; der § 133 b G.O. kommt also auch mit dem § 626 B.G.B. überein.[26]) In dem § 133 c und d sind einige Beispiele von solchen wichtigen Gründen genannt.[27])

In außerordentlicher Weise kann das Arbeitsverhältnis endlich auch noch im Konkurs des Arbeitgebers beendigt werden.[28]) Hat nämlich der Gemeinschuldner mit dem Arbeiter einen gewerblichen Arbeitsvertrag auf eine bestimmte Zeit oder mit einer längeren als vierzehntägigen Kündigungsfrist eingegangen, so können beide Teile das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist von 14 Tagen gemäß § 22 K.O. kündigen; bei Betriebsbeamten u. s. w. greift die im § 133 a vorgesehene Kündigungsfrist Platz.[29]) Macht in einem solchen Fall der Konkursverwalter von der Kündigungsbefugnis des § 22 Abs. 1 K.O. Gebrauch, so kann der Arbeiter gemäß § 22 Abs. 2 K.O. Ersatz des ihm durch die vorzeitige Aufhebung des Arbeitsverhältnisses entstehenden

---

[23]) Dies ist nicht der Fall, wenn die vierzehntägige Kündigung verabredungsgemäß nur an einem bestimmten Wochentag erfolgen darf; ebenso Schenkel Anm. 4 c zu § 122 G.O.; vgl. auch oben S. 153 Anm. 21.

[24]) Vgl. Entsch. des R.G. in C.S. (B. 23 S. 167).

[25]) Ebenso R.G. in C.S. (Entsch. 38 S. 116); Landmann Anm. 2 b zu § 133 b G.O.

[26]) Vgl. oben Anm. 22.

[27]) Bezüglich des § 133 c Z. 1 u. 4 vgl. oben die Ausführungen zu § 123 Z. 1 u. 8 G.O.

[28]) Vgl. Lotmar S. 594; die Kündigung unter Einhaltung der ordnungsmäßigen (gesetzlichen oder vereinbarten) Kündigungsfrist ist nichts außerordentliches.

[29]) Liegt dem Dienstvertrag eine Geschäftsbesorgung zu Grunde, so kommen §§ 23 Abs. 2 u. 27 K.O. zur Anwendung.

Schadens verlangen.[30]) Muß also z. B. der Betriebsbeamte, der mit seinem Arbeitgeber einen Vertrag auf zwei Jahre abgeschlossen hat, seine Stelle auf Grund einer nach § 22 K.O. erfolgten Kündigung schon nach einem Jahr aufgeben, so kann er den dadurch erwachsenden Schaden, also insbesondere einen ihm in dem zweiten Jahr entstehenden Verdienstausfall in dem Konkursverfahren ersetzt verlangen. Die Forderung des Arbeiters auf Auszahlung desjenigen Lohnbetrags, den er bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens verdient hat, also seine Lohnforderung, ist nach § 61 Z. 1 K.O. bevorrechtigt. Hat der Konkursverwalter den Arbeiter ohne Einhaltung der vom § 22 K.O. vorgeschriebenen Kündigungsfrist entlassen, das Vertragsverhältnis also zwar faktisch, aber nicht rechtlich beendigt, so ist die dem Arbeiter gemäß § 615 B.G.B. hier erwachsende Lohnforderung ebenso Masseschuld nach § 59 Abs. 2 K.O., wie seine von der Eröffnung des Konkursverfahrens an gemäß § 22 Abs. 1 K.O. erwachsende Lohnforderung. Dagegen ist der erwähnte Schadensersatzanspruch aus § 22 Abs. 2 K.O. eine gewöhnliche Konkursforderung ohne Vorrecht.[31])

Durch den Tod eines der beiden Parteien wird das Schuldverhältnis des gewerblichen Arbeitsvertrags so wenig wie ein anderes Schuldverhältnis an sich ohne weiteres beendigt.[32]) Dies wird bezüglich des Arbeitgebers auch wohl allseitig anerkannt; dagegen wird die Ansicht, daß der Tod des Arbeiters das Arbeitsverhältnis ohne weiteres beendige, vielfach vertreten.[33]) Allein diese Ansicht unterscheidet nicht genügend zwischen dem nur tatsächlichen und dem rechtlichen Nichtbestehen des Vertragsverhältnisses. Der Tod des Arbeiters bewirkt lediglich Unmöglichkeit der Leistung seitens der Erben, sodaß § 323 B.G.B. anwendbar

---

30) Auch die §§ 124 Z. 4 u. 133 Z. 2 G.O. in Verbindung mit § 628 Abs. 2 B.G.B. können hier in Frage kommen.

31) Wird die Lohn- oder Ersatzforderung des Arbeiters im Prüfungstermin bestritten, so muß er auf ihre Feststellung (§ 146 K.O.) bei dem Gewerbegericht bezw. Innungsschiedsgericht, sofern ein solches vorhanden ist, klagen.

32) Es ist daher ganz richtig, wenn das O.L.G. Dresden (Gew.-G. 7 S. 127) im Gegensatz zur herrschenden Meinung (vgl. z. B. G.G. Berlin bei Unger Nr. 19; K.G. Berlin bei Beckmann 3 S. 361; auch bei Perl u. Wreschner; R.G.E. in C.S. 15 S. 193; Haas Anm. 5 zu § 4 Gew.-Ger.-G.) die Zuständigkeit des Gewerbegerichts bejaht, wenn auf der einen oder andern Seite die Erben als Rechtsnachfolger an die Stelle der Personen, zwischen welchen das Arbeitsverhältnis tatsächlich bestanden hat, treten.

33) So z. B. Dernburg B.R. II 2 § 308; vgl. auch Cosack § 144 zu Anm. 31; Stadthagen S. 108; Staudinger Anm. 2 zu § 613 B.G.B. nimmt Erlöschen des Vertragsverhältnisses beim Tod des einen oder andern je nach Lage der Sache an.

wird, denn der gewerbliche Arbeiter hat normalerweise die geschuldete Arbeit in Person zu leisten.[34] Ist nach Lage der Sache festzustellen, daß nach der Absicht der Parteien der Arbeiter die geschuldete Arbeit nur seinem Arbeitgeber persönlich zu leisten habe, so kann auch bei dem Tod des Arbeitgebers der § 323 B.G.B. anzuwenden sein.[35])

§ 22.

Die Folgen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Findet das Arbeitsverhältnis sein ordnungsmäßiges Ende, sei es durch Zeitablauf oder durch befristete oder unbefristete Kündigung, so hat der Arbeitgeber an den Arbeiter keinen Anspruch auf Arbeitsleistung mehr zu machen. Wird das Arbeitsverhältnis trotz seiner bereits von Rechtswegen eingetretenen Beendigung vom Arbeiter mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt, so gilt es nach § 625 B.G.B. als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der Arbeitgeber unverzüglich widerspricht. Da es sich um eine Verlängerung, eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses handelt, müssen auch die einzelnen Abmachungen, z. B. über die Lohnhöhe, die Art der Arbeitsleistung, die Dauer der maßgebenden Kündigungsfrist[1]), als in Kraft bleibend angesehen werden. War das Arbeitsverhältnis ursprünglich auf eine bestimmte Zeit ohne Festsetzung einer Kündigungsfrist[2]) eingegangen, so ist es mit seiner Verlängerung gemäß § 625 B.G.B. in ein Arbeitsverhältnis mit unbestimmter Vertragszeit übergegangen und dementsprechend zu kündigen.

Der Arbeiter kann nach § 113 G.O. bei seinem „Abgange", also bei dem tatsächlichen Austritt[3]) vom Arbeitgeber ein Zeugnis über die

---

[34]) Vgl. oben S. 84.

[35]) Ebenso Crome, System II S. 656; für den Lehrvertrag gibt der § 127b Abs. 4 G.O. eine ausdrückliche Vorschrift.

[1]) Vgl. Neukamp im Verw.-Archiv 5 S. 228; Nelken S. 746; die im Gew.-G. 6 S. 67 mitgeteilte Entscheidung des O.L.G. Karlsruhe ist bedenklich.

[2]) Vgl. § 133aa Abs. 3 G.O.

[3]) Staub Anm. 1 u. 2 zu § 73 H.G.B. meint, der Handlungsgehilfe könne schon am Tag der Kündigung, also vor Ablauf der Kündigungsfrist, sein Zeugnis verlangen; a. M. Seufferts Archiv 57 Nr. 15. Nach dem Wortlaut des § 113 G.O. kann hier kein Zweifel bestehen; da der Arbeiter das Zeugnis bei seinem „Abgang" verlangen kann, ist seinem Verlangen auch stattzugeben, wenn der Abgang rechtswidrig war. (Ebenso Schenkel Anm. 1 zu § 113 G.O.; a. M. G.G. Dortmund im Gew.-G. 4 S. 122; Landmann Anm. 1a zu § 113 G.O.; Schicker Anm. 1 zu § 113 G.O.; Nelken S. 499; Burchardt S. 67, die das Verlangen eines Zeugnisses erst nach Ablauf der maßgebenden

Art und Dauer seiner Beschäftigung fordern; das Zeugnis ist auf Verlangen des Arbeiters, aber nur auf dieses hin, nicht schon bei der einfachen Bitte um ein Zeugnis, auf seine Führung und seine Leistungen auszudehnen. Hat der Arbeitgeber diesem Verlangen entsprochen, so kann der Arbeiter nicht nachträglich wieder bloß ein Zeugnis über die Art und Dauer seiner Beschäftigung verlangen.[4]) Ist der Arbeiter mit dem Inhalt des Zeugnisses nicht einverstanden, so kann er Ausstellung eines anderen Zeugnisses im Klageweg verlangen;[5]) im Zwangsvollstreckungsverfahren ist § 888 C.P.O. anzuwenden. Welchen Teil die Beweispflicht bezüglich des vom Arbeiter beanstandeten Inhalts des Zeugnisses treffe, ist bestritten. Da es sich bei Zeugnissen über die Qualifikation des Arbeiters in der Regel um allgemein gehaltene Urteile handelt, welche die Umstände, auf die sich diese Urteile gründen, nicht erkennen lassen, wird man im Prozeß vom Arbeitgeber die Darlegung dieser Umstände verlangen können; es ist dann Sache des Arbeiters, zum Beweis seiner Behauptung, daß ihm ein gutes Zeugnis werden müsse, die erwähnten Umstände zu widerlegen.[6]) Da der § 113 G.O. durch das B.G.B., insbesondere durch § 630 B.G.B., der sich im allgemeinen mit seinen ersten beiden Absätzen deckt, keine Änderung erfahren hat, so ist im Rahmen dieser Schrift hier im übrigen auf die Kommentare zur G.O. zu verweisen.

Dem minderjährigen Arbeiter, bezw. seinem gesetzlichen Vertreter hat der Arbeitgeber nach § 107 G.O. nach rechtmäßiger Lösung des Arbeitsverhältnisses das Arbeitsbuch wieder auszuhändigen. Bleibt der minderjährige Arbeiter rechtswidrigerweise von der Arbeit weg, so muß dieser an sich nicht gerechtfertigten, unbefristeten Kündigung, wie schon mehrfach erwähnt worden ist, im Weg der Konversion immerhin die

---

Kündigungsfrist als begründet ansehen; allein § 113 spricht nicht von einem „rechtmäßigen“ Abgang [anders § 107 G.O.]. Die Beantwortung der Frage, ob der Arbeiter, der bei seinem Austritt ein Zeugnis nicht verlangt hat, nachträglich ein solches noch verlangen kann, ist zweifelhaft. Es wäre doch wohl zu rigoros, wenn man das Verlangen des Arbeiters, der es vielleicht infolge eines Versehens einen Tag zu spät gestellt hat, für unzulässig ansehen wollte. Andererseits kann man dem Arbeitgeber nicht zumuten, nach Jahr und Tag noch Zeugnisse auszustellen. Eine nicht zu engherzige Auslegung des Wortes „Abgang“ dürfte hier schon statthaft sein.)

4) Ebenso G.G. Dresden im Gew.-G. 6 S. 219; bis zur Ausstellung des Zeugnisses wird man dem Arbeiter das ius variandi zugestehen müssen.

5) Vgl. R.G.E in Seufferts Archiv B. 55 Nr. 156 und die bei Unger Nr. 42 erwähnten Urteile.

6) Burchardt S. 69 hält den Arbeitgeber für beweispflichtig; a. M. Rintelen bei Gruchot B. 45 S. 860.

Bedeutung der ordnungsmäßigen Kündigung zugemessen werden. Das Arbeitsbuch ist demnach nach Ablauf der maßgebenden Kündigungsfrist auszuhändigen;[7]) es kann ja auch nicht als Wille des Gesetzgebers angenommen werden, daß sich ein solcher Minderjähriger jahrelang arbeitslos herumtreiben soll.

Praktisch am wichtigsten ist bei der Erörterung der Fragen, welche Folgen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe, die Frage, welche Geldansprüche den Parteien hier gegen einander zustehen.[8]) Hierbei ist zwischen der ordentlichen und der außerordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu unterscheiden:

1. Findet der Arbeitsvertrag sein Ende durch ordnungsmäßige Kündigung, d. h. durch Kündigung unter Einhaltung der maßgebenden Kündigungsfrist, so hat der Arbeiter bei seinem, nach Ablauf der Kündigungsfrist erfolgenden Austritt seinen bis dahin verdienten und noch nicht ausbezahlten Lohn einschließlich eines zu Sicherungszwecken etwa vom Arbeitgeber einbehaltenen Lohnbetrags zu fordern. Falls die Parteien keine anderweitige Abmachung getroffen haben, ist dieser Lohnbetrag dem Arbeiter bei seinem Austritt zu bezahlen, auch wenn der Tag des Austritts nicht auf den Zahltag fällt.[9]) Hat der Arbeitgeber ohne besonderen Grund dem Arbeiter gekündigt, so erwächst diesem daraus ebensowenig wie umgekehrt dem Arbeitgeber irgendwelcher Anspruch.[10])

Die Berechnung der dem Arbeiter bei seinem Austritt zustehenden Lohnforderung wird, falls es sich um einen Zeitlohnvertrag handelt, keine Schwierigkeiten bereiten. Der Arbeiter hat eben den seiner Arbeitszeit entsprechenden Lohn zu verlangen. Wohl aber entstehen erfahrungsmäßig bei dem Akkordlohnvertrag über die Lohnabrechnung nicht selten Schwierigkeiten. Hier ist in erster Linie darauf hinzuweisen, daß der

7) Ebenso die Praxis der Gewerbegerichte; vgl. z. B. Unger Nr. 45; ferner Schicker Anm. 7 zu § 107 G.O.; Nelken S. 479. Der Minderjährige muß das Arbeitsbuch holen (ebenso G.G. Berlin in der Soz. Pr. 11 S. 684.)

8) Über weitere Folgen (Beendigung von Miete, Vollmacht u. s. w.) vgl. Lotmar S. 651—653; s. ferner auch die Versicherungsgesetze.

9) Vgl. oben S. 70. Eine solche anderweitige Abmachung ist nicht selten für den Arbeiter sehr drückend, so wenn er am Montag rechtmäßig austritt und bis Samstag auf seinen Lohn warten muß und infolgedessen aus Geldmangel nicht abreisen kann, um auswärts eine Stelle anzutreten; man wird hier unter Umständen den § 226 B.G.B. wohl anwenden dürfen.

10) Vgl. die Vorschläge de lege ferenda von Flesch, zur Kritik des Arbeitsvertrags (1901). Auch der „auf Dauer“ eingestellte Arbeiter hat keinen besonderen Ersatzanspruch.

§ 628 Abs. 1 B.G.B. für diesen Fall nicht herangezogen werden kann,[11]) denn der § 628 bezieht sich nur auf die außerordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch unbefristete Kündigung. Haben die Parteien vereinbart, daß der Arbeiter ohne Rücksicht auf den Ablauf der Kündigungsfrist oder bei verabredeter Aufhebung jeder Kündigungsfrist berechtigt und verpflichtet sei, die angefangene Akkordarbeit zu vollenden, so können keine rechtlichen Schwierigkeiten entstehen; es sind dann eben, wenn der Arbeiter die angefangenen Akkordarbeiten nicht vollenden darf oder will, die §§ 324—326, 615 B.G.B. anzuwenden. Zweifelhaft ist die Entscheidung nur dann, wenn die Parteien über die Vollendung angefangener Akkordarbeit nichts vereinbart haben. Sie haben dann eben gerade durch diese Unterlassung zum Ausdruck gebracht, daß die Fertigstellung der Akkordarbeit auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses keinen Einfluß haben solle. Der Arbeitgeber berechnet hier die Lohnforderung des Arbeiters häufig in der Art, daß er an dem Gesamtakkordlohn die ihm infolge der Fertigstellung des Stücks durch einen andern Arbeiter erwachsenden Auslagen in Abzug bringt. Der Arbeiter aber berechnet einfach seine Arbeitszeit nach einem gewissen Stundenlohnsatz. Im ersteren Fall kommt der Arbeiter in Nachteil; denn die Fertigstellung einer angefangenen Akkordarbeit durch einen andern Arbeiter verursacht erfahrungsgemäß immer mehr Auslagen, als durch denselben Arbeiter, der die Art seiner Arbeit nach seiner Kalkulation des Gesamtakkordlohns eingerichtet hat. Der Billigkeit entspricht es gewiß nicht, wenn die Lohnforderung des Arbeiters, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, hier in der geschilderten Weise gekürzt wird. Bei der zweiten Berechnungsart kommt aber der Arbeitgeber sehr leicht aus den gleichen Gründen in Nachteil: denn er muß den zwei Arbeitern, welche an dem Stück gearbeitet haben, häufig bei dieser Berechnung mehr Lohn bezahlen, als er hätte bezahlen müssen, wenn der eine Arbeiter das ganze Stück hergestellt hätte. Beide Berechnungsarten, die einen unlöslichen Widerstreit der beiderseitigen Interessen darzustellen scheinen, finden nun aber, obgleich sie in der gewerblichen Praxis sehr häufig vorkommen, im Gesetz keine Grundlage. Die Grundsätze über den Verzug müssen hier ganz außer Betracht bleiben, da ja das Arbeitsverhältnis ganz ordnungsmäßig gelöst worden ist, da also keiner von beiden Teilen im Verzug ist. Wohl aber ist

---

11) Ebenso Lotmar S. 645 bezüglich des 1. u 2. Satzes des § 628 Abs. 1 B.G.B.; dagegen will Lotmar S. 643 den 3. Satz auch hier anwenden. Gerade der im 3. Satz behandelte Fall führt praktisch aber kaum zu Anständen; man kommt hier mit den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung gut aus.

§ 323 B.G.B. anzuwenden. Dem Arbeiter wird infolge des von Rechtswegen eintretenden Ablaufs der Vertragszeit, also infolge eines Umstands, den weder er noch der Arbeitgeber zu vertreten hat, die Fertigstellung der angefangenen Arbeit unmöglich; es liegt somit teilweise Unmöglichkeit der ihm aus dem Akkordvertrag obliegenden Leistung vor. [12]) Seine Forderung des Gesamtakkordlohns ist also gemäß § 323 Abs. 1 B.G.B. nach Maßgabe der §§ 472, 473 B.G.B. zu mindern. Hiernach wird man anzunehmen haben, daß der Gesamtakkordlohn insoweit herabzusetzen ist, als die bewirkte Teilleistung objektiv, also nicht für den Arbeitgeber wert ist. [13]) Die Schätzung wird freilich bei dieser Berechnungsart in der Praxis mancherlei Schwierigkeiten bereiten: allein eine andere Berechnungsart läßt sich eben weder dem B.G.B. noch der G.O. entnehmen. Auch hier hätte der Gesetzgeber mit Rücksicht auf die Eigenart des Akkordvertrags ebenso wie bei Kauf, Miete und Werkvertrag besondere Bestimmungen geben sollen.

In diesem Zusammenhang ist die Bestimmung des § 629 B.G.B., die allerdings nicht eine Folge der ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern eine Folge der Kündigung betrifft, zu erörtern. Dieser § 629, der infolge seiner mangelhaften Fassung in der Praxis rasch zu einer starken Quelle von Streitfragen geworden ist, verdankt seine Entstehung einem Beschluß des Reichstagsplenums. Nach § 629 B.G.B. [14]) hat der Arbeitgeber nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses dem Arbeiter auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines andern Arbeitsverhältnisses zu gewähren. Klar ist ohne weiteres, daß der § 629 nur dann anwendbar ist, wenn durch die Kündigung eine bestimmte Kündigungsfrist in Lauf gesetzt wird. Findet das Arbeitsverhältnis mit der Kündigung sofort, also bei der unbefristeten Kündigung, bei vereinbarter Aufhebung jeder Kündigungsfrist, sein Ende, so ist für die Anwendung des § 629 kein Raum. Wie steht es nun aber mit den auf bestimmte Zeit eingegangenen Arbeitsverhältnissen, deren Ende ohne besondere Kündigung lediglich durch Zeitablauf eintritt? Die dem § 629 zu Grunde liegende ratio legis trifft hier doch gerade so zu wie bei den zu kündigenden Arbeitsverhältnissen; von seinem Wortlaut werden sie aber nicht umfaßt. Da es sich hier doch offenbar

---

[12]) Vgl. darüber, daß auch Obligationen auf ein Tun ausnahmsweise teilbar sein können, Dernburg II 1 § 47.

[13]) Vgl. Dernburg II 1 § 96.

[14]) Vgl. über den § 629 im allgemeinen die Verhandlungen auf den Verbandstagen der d. Gewerbegerichte (Gew.-G. 6 S. 54 u. 7 S. 76).

nur um ein Versehen des Gesetzgebers handelt, wird man die Analogie wohl zu Hilfe nehmen dürfen. Hiernach wäre zu sagen, daß bei bestimmter Vertragszeit die Bestimmung des § 629 in demjenigen Zeitpunkt anwendbar wird, in dem zu kündigen wäre, wenn die Zeitbestimmung nicht getroffen wäre. [15]) Der § 629 bezieht sich nur auf „dauernde Dienstverhältnisse", sagt aber sowenig wie die §§ 617, 627, 630 B.G.B., was hierunter zu verstehen ist. Da sich aus der Entstehungsgeschichte dieser Paragraphen hierher keine Schlüsse ziehen lassen, so kann man die Entscheidung nur dem Sinn, den der Sprachgebrauch dem Wort „dauernd" beilegt, entnehmen. Dauernd ist hiernach im Arbeitsverhältnis jedenfalls dann, wenn es tatsächlich schon lange Zeit gedauert hat [16]) oder wenn es auf eine bestimmte, lange Zeit eingegangen ist. Man wird aber noch weiter gehen und sagen dürfen, daß es auch genügt, wenn die Parteien das Arbeitsverhältnis nur auf längere Dauer angelegt haben, [17]) und daß dies bei dem auf unbestimmte Zeit eingegangenen gewerblichen Arbeitsvertrag in der Regel anzunehmen sein wird.

„Auf Verlangen" ist dem Arbeiter der Urlaub nach § 629 zu gewähren. Der Arbeiter muß also um die Erteilung des Urlaubs vor seinem Antritt bitten; es genügt nicht, wenn der Arbeiter den Urlaub sich selbst nimmt und zugleich den Arbeitgeber hiervon in Kenntnis setzt. Darf nun aber der Arbeiter, wenn der Arbeitgeber sein Verlangen glatt ablehnt, den Urlaub sich selbst ohne weiteres nehmen oder muß er auf Erteilung des Urlaubs klagen? Man wird annehmen dürfen, daß er den ihm rechtswidrig verweigerten Urlaub sich ohne weiteres nehmen darf. [18]) Denn hier werden die Voraussetzungen einer nach § 229 B.G.B. erlaubten Selbsthilfe stets vorliegen. Schwierig wird die Entscheidung dann, wenn der Arbeiter etwa für den Montagnachmittag um Urlaub bittet, vom Arbeitgeber aber den Bescheid erhält, am Montag könne er ihn nicht

---

[15]) Ebenso Oertmann Anm. zu § 629 B.G.B.; Staudinger Anm. 3 zu § 629 B.G.B.

[16]) A. M. G.G. Ludwigshafen a. Rh. im Gew.-G. 7 S. 238, das ohne Anhalt im Gesetz oder seiner Entstehungsgeschichte und in Verkennung des Sprachgebrauchs die Dauer der maßgebenden Kündigungsfrist als entscheidend ansieht und demzufolge ein Arbeitsverhältnis mit achttägiger Kündigungsfrist niemals als ein dauerndes behandelt wissen will. Sollte ein solches Arbeitsverhältnis, das vielleicht schon 20 Jahre gedauert hat, nicht als ein dauerndes, sondern als ein vorübergehendes Arbeitsverhältnis anzusehen sein?

[17]) Ebenso Lotmar S. 546; Staub Anm. 12 zu § 66 H.G.B; Crome, System II S. 650 Anm. 26.

[18]) Ebenso Sigel im Gew.-G. 7 S. 77; ferner Staub a. a. O.; a. M. Luppe im Gew.-G. 6 S. 54.

entbehren, wohl aber könne er am Dienstagnachmittag gehen. Hier liegt ein Interessenkonflikt vor, dessen Lösung, wie sie auch fallen mag, den einen Teil unter Umständen schwer schädigt: Der Arbeitgeber muß z. B. bei Vermeidung einer Konventionalstrafe am Montag eine Arbeit fertigstellen und kann dieser Verpflichtung nur nachkommen, wenn der Arbeiter am Montag arbeitet; der Arbeiter ist aber von einem andern Arbeitgeber zwecks seiner etwaigen Einstellung auf den Montag bestellt und weiß, daß bei seinem Ausbleiben die Stelle an einen andern Bewerber vergeben wird. Man wird bei der Entscheidung der Frage mangels anderer Anhaltspunkte für die Auslegung die Worte: „angemessene Zeit“, die im § 629 gebraucht sind, heranziehen müssen. Der Arbeitgeber soll dem Arbeiter angemessene Zeit zum Aufsuchen eines andern Arbeitsverhältnisses gewähren. Man möchte versucht sein, diese Zeitbestimmung lediglich auf die absolute Dauer der freizugebenden Zeit zu beziehen. Allein es wird dem Wortsinn nicht widersprechen, wenn man sie auch auf die Lage dieser Zeit bezieht. Darnach hätte der Arbeitgeber dem Arbeiter diejenige Zeit freizugeben, welche nach Lage der Verhältnisse im einzelnen Fall als angemessen erscheint. Die Entscheidung bei einer Meinungsverschiedenheit der Parteien über die Lage der Urlaubszeit kann also nur im einzelnen Fall nach dem subjektiven Ermessen des Richters, der die sich entgegenstehenden Interessen der Parteien gegen einander abzuwägen hat, erfolgen. Dieses Ergebnis ist für die Praxis nicht sehr erfreulich, zumal da der Arbeiter, der sich in einem solchen Fall seinen Urlaub gegen den Willen des Arbeitgebers für einen bestimmten Tag nimmt, seine sofortige Entlassung riskiert. Aber die Schuld an diesem unerfreulichen Rechtszustand trifft nicht die Auslegung, sondern den Gesetzgeber.

Zu demselben unerfreulichen Ergebnis kommt man bei der Untersuchung der Frage, welche Zeit nach ihrer absoluten Dauer als angemessene Zeit im Sinn des § 629 B.G.B anzusehen sei. [19]) Diese Frage wird aus der Mitte der Arbeitgeber und Arbeiter auch außerhalb von Prozessen sehr häufig an den Gewerberichter gestellt; er wird gut daran tun, wenn er sie stets mit Nichtwissen beantwortet. Während bei der vagen Zeitbestimmung des § 616 B.G.B. sich wenigstens einige Anhaltspunkte aus der Geschichte des Gesetzes ergeben, ist die Auslegung bei dem § 629 lediglich auf die sprachliche Bedeutung des Wortes „angemessen“ angewiesen. Was ist nun angemessen, wenn der Arbeiter

---

19) Vgl. Staub Anm. 12 zu § 66 H.G.B.

während der Kündigungsfrist jeden Nachmittag frei haben will, der Arbeitgeber aber mit einem einmaligen Urlaub von zwei Stunden seine Pflicht erfüllt zu haben glaubt? Auch hier kann man allgemeine Gesichtspunkte für die Entscheidung nicht geben: welche Zeit angemessen sei, kann vielmehr nur im einzelnen Fall nach Würdigung aller Umstände gesagt werden.[20])

Die Frage, ob dem Arbeiter während der Urlaubszeit der Lohn weiter zu bezahlen ist, ist im § 629 B.G.B. nicht entschieden. Da es sich um die Ausübung einer gesetzlichen Befugnis handelt, welche sich aus dem Arbeitsvertrag ergibt, wird man wohl annehmen dürfen, daß eine unverschuldete Arbeitsbehinderung vorliege; hiernach wäre der § 616 B.G.B. anwendbar.[21]) Ist die Bestimmung des § 616 durch Vereinbarung außer Kraft gesetzt, so ist auch für die Urlaubszeit kein Lohn zu bezahlen.

Der § 629 sagt nicht, ob er zwingendes oder nachgiebiges Recht enthalte. Auch hierüber kann also gestritten werden. Während bei dem § 616 B.G.B. ein Schluß auf die Nachgiebigkeit des Rechtssatzes aus § 619 B.G.B. gezogen werden kann, ist bei dem § 629 eine solche Schlußfolgerung nicht angängig. Wenn man nun aber weiterhin bedenkt, daß der § 629 offenbar eine Schutzbestimmung zu Gunsten des Arbeiters als des wirtschaftlich schwächeren Teils enthält, so wird man sich, zumal da auch die Arbeiterschutzbestimmungen der G.O. durch Vereinbarung nicht außer Kraft gesetzt werden können, dafür entscheiden müssen, daß der § 629 zwingender Natur ist.[22])

2. Bei der außerordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch unbefristete Kündigung erwachsen den Parteien verschiedene Ansprüche. Hervorzuheben ist zunächst, daß der § 628 B.G.B. auch auf die gemäß § 123 u. 124 G.O. erfolgende unbefristete Kündigung Anwendung finden muß. Denn die dort genannten Kündigungsgründe sind jedenfalls auch als wichtige Gründe anzusehen.[23])

---

20) Vgl. Staudinger Anm. 4 zu § 629 B.G.B.; Stadthagen S. 185.

21) Ebenso Sigel im Gew.-G. 6 S. 54 u. 7 S. 76; G.G. Erfurt im Gew.-G. 6 S. 196; G.G. Solingen im Gew.-G. 7 S. 142; G.G. Hamburg in der Soz. Pr. 12 S. 53; vgl. auch Oertmann Anm. zu § 629 B.G.B.; a. M. G.G. Hanau im Gew.-G. 7 S. 239 mit nicht zureichenden Gründen.

22) Vgl. Hachenburg a. a. O. S. 235; Stadthagen S. 184. Übrigens beweist allein schon das Bündel von Streitfragen aus § 629, wie gefährlich eine mangelhafte Redaktion der Gesetze ist, zumal wenn es der Rechtsprechung wie bei den Gewerbegerichten an der Autorität eines gemeinschaftlichen obersten Gerichtshofs tatsächlich gebricht.

23) Ebenso Schalhorn im Gew.-G. 4 S. 78; Neukamp im Verw.-Archiv 5 S. 229 u. 230.

a) Nach § 628 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. hat bei der unbefristeten Kündigung der Arbeiter, also sowohl der nach § 123 G.O. entlassene, als der nach § 124 G.O. austretende Arbeiter, einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung zu verlangen. Dieser Lohnanspruch ist gegen Pfändung und Aufrechnung, z. B. mit einer Schadensersatzgegenforderung aus § 628 Abs. 2 B.G.B. nach Maßgabe des § 394 B.G.B., geschützt. Auf die Berechnung dieser Lohnforderung finden im allgemeinen, also sowohl bezüglich des Zeitlohnsvertrags wie des Akkordlohnsvertrags, die gleichen Grundsätze wie bei der ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anwendung (vgl. oben Ziffer 1). Dagegen begründet der zweite Satz des § 628 Abs. 1 B.G.B.[24]) einen Unterschied. Hiernach steht dem Arbeiter, falls er kündigt, ohne durch vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers dazu veranlaßt zu sein, oder falls er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des Arbeitgebers veranlaßt, ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den Arbeitgeber kein Interesse haben.

Ein wichtiger Grund im Sinn der §§ 626 B.G.B., 123, 124, 124 a, 133 b G.O. kann zugleich ein vertragswidriges Verhalten des einen oder andern Teils darstellen; ein solcher Kündigungsgrund kann aber auch sehr wichtig sein, ohne daß er zugleich eine Vertragsverletzung bedeutet. Unter „vertragswidrigem Verhalten“ ist, wie in der Kommission des Reichstags ausdrücklich festgestellt worden ist,[25]) nicht ein bloß objektiv rechtswidriges, sondern ein subjektiv widerrechtliches Verhalten, also eine schuldhafte Verletzung der Vertragspflichten, sowohl der ausdrücklich übernommenen als der sich generell aus dem Gesetz ergebenden,[26]) zu verstehen. Es lassen sich nun sehr viele Umstände denken, welche zwar einen die unbefristete Kündigung rechtfertigenden wichtigen Grund im Sinn der §§ 124 a, 133 b G.O. bilden, ohne daß hierbei dem einen oder andern Teil der Vorwurf der Vertragsverletzung gemacht werden könnte.[27]) Für die Praxis des gewöhnlichen gewerblichen Arbeitsvertrags

---

[24]) Der ganze § 628 Abs. 1 B.G.B. ist erst von der Kommission des Reichstags in das Gesetz aufgenommen worden; vgl. Prot. II S. 301, 305.

[25]) Prot. II S. 305 u. 306; vgl. dazu Staub Anm. 14 zu § 70 H.G.B.; Crome, die p. R. S. 201.

[26]) Vgl. Lotmar S. 245.

[27]) Beispiele: der Arbeitgeber entläßt einen Arbeiter, etwa einen Werkführer (der sich ihm gegenüber keine Vertragsverletzung hat zu Schulden kommen lassen), weil seine sämtlichen übrigen Arbeiter die sofortige Entlassung desselben unter Androhung der Arbeitsniederlegung und Sperre verlangen. Die Gefahr, daß sein ganzer

hat diese Unterscheidung keine große Bedeutung. Denn die Voraussetzungen des § 124a G.O. treffen in der Regel auf den gewerblichen Arbeitsvertrag des Gesellen und Gehilfen nicht zu; meistens handelt es sich in der Praxis um die Anwendbarkeit der §§ 123 u. 124 G.O.[28]) Geht man die verschiedenen Ziffern dieser beiden Paragraphen durch, so findet man, daß die in § 123 aufgezählten Entlassungsgründe mit Ausnahme der Ziffer 8 stets zugleich ein vertragswidriges Verhalten des Arbeiters, die im § 124 aufgezählten Austrittsgründe mit Ausnahme der Ziffer 1[29]) ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers darstellen. Nimmt der Arbeiter z. B. auf Grund des § 124 Z. 2 G.O. seinen Austritt, so ist er hierzu eben durch ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers, nämlich eine Tätlichkeit oder grobe Beleidigung, veranlaßt worden; für die Lohnberechnung ist daher der erste und nicht der zweite Satz des § 626 Abs. 1 B.G.B. maßgebend. Nimmt dagegen der Arbeiter z. B. wegen Krankheit, deren Eintritt weder er selbst noch der Arbeitgeber verschuldet hat, auf Grund des § 124 Z. 1 G.O. seinen Austritt, so ist er hierzu nicht durch ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers veranlaßt worden; für die Lohnberechnung ist daher der zweite Satz des § 628 Abs. 1 B.G.B. maßgebend. Wird umgekehrt der Arbeiter auf Grund einer der Ziffern 1—7 des § 123 G.O. entlassen, so ist die sofortige Kündigung durch sein vertragswidriges Verhalten veranlaßt worden und daher der zweite Satz des § 628 Abs. 1 B.G.B. bei der Lohnberechnung anzuwenden. Wird der Arbeiter dagegen wegen unverschuldeter Krankheit auf Grund des § 123 Z. 8 G.O. entlassen, so ist der bis zu seinem Austritt verdiente Lohn nach § 628 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. zu berechnen. Bei Krankheit des Arbeiters hängt die Berechnungsweise also davon ab, ob er wegen der Krankheit entlassen worden oder ausgetreten ist; die im ersteren Fall maßgebende Berechnungsweise nach § 628 Abs. 1 Satz 1 ist für den Arbeiter günstiger als die für den zweiten Fall vorgeschriebene. Diese Unterscheidung muß nach Lage des Gesetzes gemacht werden, obgleich sie offenbar der Billigkeit und dem allgemeinen Rechtsgefühl nicht entspricht.

Betrieb lahm gelegt wird, ist für den Arbeitgeber doch gewiß ein wichtiger Grund. Das Gleiche trifft zu, wenn z. B. der Arbeiter von einem an Körperkraft ihm überlegenen Nebenarbeiter schwer mißhandelt oder von einem unbekannten Dieb im Geschäft fortgesetzt bestohlen wird. (Die §§ 123, 124 G.O. versagen hier ganz!)

[28]) Bei den Betriebsbeamten im Sinn des § 133a G.O. hat die Unterscheidung die gleiche Bedeutung, wie bei § 626 B.G.B.

[29]) Auch Ziffer 5 des § 124 G.O. kann hier unter Umständen als Ausnahme in Betracht kommen.

b) Treffen die Voraussetzungen des § 628 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. zu, so steht dem Arbeiter ein Anspruch auf den Lohn insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der unbefristeten Kündigung für den Arbeitgeber kein Interesse haben. Der Arbeiter soll hiernach für geleistete Arbeit keinen oder doch nur einen geminderten Lohn erhalten, obgleich dem Arbeitgeber eine Gegenforderung irgend welcher Art aus der Arbeitsleistung als solcher nicht erwachsen ist. Die vom Arbeiter bis zu seinem Austritt geleistete Arbeit hat für den Arbeitgeber kein „Interesse", wenn sie für ihn wirtschaftlich nutzlos ist.[30]) Gar keinen wirtschaftlichen Nutzen wird die menschliche Arbeit nur in ganz seltenen Fällen haben.[31]) Eine für alle Fälle passende Regel läßt sich hier nicht geben. Immerhin wird man soviel sagen können: der Natur des Zeitlohnvertrags wird man in vielen Fällen zu entnehmen haben, daß der Arbeitgeber dadurch, daß er an die Stelle des austretenden Zeitlöhners einen andern Zeitlöhner setzt, einen wirtschaftlichen Nachteil nicht erleidet, daß also sein Interesse an den bisherigen Leistungen des Austretenden durch den Personenwechsel nicht alteriert wird.[32]) Denn hier ist die Arbeit häufig von der Art, daß sie ohne weiteren Nachteil von einer Hand in die andere gegeben werden kann. Hiernach wird bei dem Zeitlohnvertrag auch nach § 628 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. in der Regel der bis zum Austritt des Arbeiters verdiente Lohn nach den maßgebenden Zeiteinheiten zu berechnen und auszuzahlen sein. Anders liegt die Sache bei dem Akkordlohnvertrag. Der Akkordarbeiter übernimmt die Herstellung eines bestimmten Stücks bezw. mehrerer bestimmter Stücke; hier gehen die Parteien von Anfang an davon aus, daß der Arbeiter das Akkordstück ganz fertigzustellen habe, daß also ein Personenwechsel bei dieser Arbeitsleistung ausgeschlossen sein solle. Wird ein solcher Wechsel durch den Austritt des Arbeiters trotzdem notwendig, so widerspricht dies in der Regel den Interessen des Arbeitgebers. Liegen daher die Voraussetzungen des § 628 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. bei einem Akkordlohnvertrag vor, so ist der Arbeitgeber berechtigt, die oben unter Ziffer 1 als dem Arbeiter nachteilig bezeichnete Lohnabrechnungsweise anzuwenden

---

30) Vgl. v. Schultzenstein in der d. Juristenzeitung 7 S. 519: in den §§ 325, 628 B.G.B. sei Interesse gleichbedeutend mit Vorteil, Wert.

31) Vgl. Crome, die part. Rechtsgeschäfte S. 250.

32) Damit soll selbstverständlich nicht gesagt sein, daß die Arbeitsleistung bei dem Zeitlohnvertrag für den Arbeitgeber stets von Interesse sei; vgl. Staudinger Anm. II zu § 628 B.G.B.; G.G. Kiel im Gew.-G. 6 S. 118; auch Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 62.

und dementsprechend an dem Gesamtakkordlohn die ihm aus der Fertigstellung der angefangenen Akkordarbeit durch einen andern Arbeiter erwachsenden Auslagen abzuziehen.[33]) Der Akkordarbeiter erhält hier dann nur den so verbleibenden Restbetrag, unter Umständen auch gar nichts. Denn seine Arbeit wird hier nur insoweit entlohnt, als sie für den Arbeitgeber Interesse, wirtschaftlichen Nutzen hat; die „Arbeit als solche“ begründet hier noch keinen Lohnanspruch.

Es ist ersichtlich, daß bei dieser Unterscheidung die Frage der Lohnzahlung nach ähnlichen Gesichtspunkten zu entscheiden ist wie bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrags, die der Arbeitgeber gegen die Lohnforderung des rechtswidrig ausgetretenen Arbeiters unter Umständen geltend machen kann.[34])

Erhaltenen Vorschuß muß der Arbeiter in allen Fällen nach Maßgabe des dritten Satzes des § 628 Abs. 1 B.G.B. dem Arbeitgeber zurückerstatten.

Wird der Arbeiter rechtswidrigerweise entlassen, so ist das Arbeitsverhältnis nur tatsächlich, nicht rechtlich gelöst; sein Lohn ist also gerade so, wie wenn es bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bezw. bis zu seinem zeitlich bestimmten Ende fortgedauert hätte, zu berechnen. Der zweite Satz des § 628 Abs. 1 B.G.B. ist hier niemals anwendbar.

c) Wird die unbefristete Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des andern Teils, also durch seine schuldhafte Verletzung der Vertragspflichten veranlaßt, so ist dieser nach § 628 Abs. 2 B.G.B. zum Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet. Bei dieser Bestimmung handelt es sich nicht um die Berechnung des vom Arbeiter bis zu seinem Austritt verdienten Lohns, sondern um eine neben der Lohnforderung bestehende Schadensersatzforderung.

Die Vorschrift des § 628 Abs. 2 B.G.B., von der es in den Motiven[35]) heißt, sie werde schon von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen erheischt, ist von der Praxis häufig auch schon nach dem vor dem 1. Januar 1900 in Geltung gewesenen Recht als bestehend anerkannt

---

33) Vgl. Sigel, außerord. Beilage zu Nr. 1 des Gew.-G. Jahrg. 6.

34) Vgl. oben S. 119—121. Aus dem Wortlaut des § 628 Abs. 1 B.G.B. ergibt sich ohne weiteres, daß er auf die Lohnforderung des rechtswidrig ausgetretenen Arbeiters nicht angewendet werden kann; nach Lage des Gesetzes kann hier nur mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags geholfen werden.

35) Mot. II S. 470; vgl. hiegegen übrigens Lotmar S. 649 Anm. 1; § 70 Abs. 2 H.G.B. stimmt mit § 628 Abs. 2 B.G.B. überein.

worden;[36]) sie gilt ebenso wie der erste Absatz des § 628 nur für den Fall der unbefristeten Kündigung,[37]) also bei dem gewerblichen Arbeitsvertrag nur für die Fälle der sofortigen Entlassung und des sofortigen Austritts nach §§ 123, 124, 124a, 133b—d G.O. Unter „vertragswidrigem Verhalten“ ist auch hier nur ein subjektiv rechtswidriges Verhalten zu verstehen. Liegt daher der ohne Verschulden der einen Partei eingetretene Tatbestand des § 123 Z. 8 oder des § 124 Z. 1 G.O. vor, so ist für die Anwendung des § 628 Abs. 2 B.G.B. kein Raum. Dagegen trifft er stets[38]) zu, wenn einer der in § 123 Z. 1—7 u. § 124 Z. 2—5 G.O. genannten Tatbestände festzustellen ist.[39]) Der Arbeitgeber hat hier also nicht bloß das Recht, den Arbeiter sofort zu entlassen, sondern er kann auch den ihm durch die Entlassung erwachsenden Schaden vom Arbeiter ersetzt verlangen. Umgekehrt kann der austretende Arbeiter für den ihm durch den Austritt erwachsenden Schaden Ersatz begehren. Die Forderung des Arbeiters ist nicht eine Lohnforderung, sondern eine Schadensersatzforderung; das Arbeitsverhältnis ist durch die unbefristete Kündigung vollständig beendigt, so daß es nicht einmal in der Fiktion als fortbestehend angesehen werden kann.[40]) Diese Schadensersatzforderung unterliegt daher ohne Beschränkung der Pfändung und Aufrechnung.[41])

Der § 628 Abs. 2 B.G.B. greift nur Platz, wenn der Kündigungsempfänger die ihm zu Teil gewordene unbefristete Kündigung durch sein vertragswidriges Verhalten veranlaßt hat. Hat der eine Teil vertragswidriger Weise eine Sachlage herbeigeführt, die ihn selbst zur unbefristeten Kündigung berechtigt,[42]) so ist, wenn er kündigt, § 628

[36]) So z. B. G.G. u. L.G. Stuttgart; G.G. Leipzig im Gew.-G. 4 S. 127; G.G. u. L.G. Posen im Gew.-G. 5 S. 47; Unger Nr. 111—113; O.L.G. Hamm im Gew.-G. 4 S. 4; R.G. in C.S. (Entsch. 47 Nr. 56); Schenkel Anm. 12 zu § 124 G.O.; v. Schulz im Archiv für soz. Gesetzg. u. Stat. 13 S. 401.

[37]) Ebenso Lotmar S. 650.

[38]) Eine Ausnahme kann noch bei § 124 Z. 5 G.O. dann zu machen sein, wenn dem Arbeitgeber hier kein Vorwurf gemacht werden kann.

[39]) Vgl. Lotmar S. 606 Anm. 5; Stadthagen S. 119 u. 120.

[40]) Die Sache liegt hier also anders als bei § 615 B.G.B.; vgl. auch R.G. in C.S. (Entsch. 1 S. 232).

[41]) Ebenso G.G. Stuttgart im Gew.-G. 5 S. 156; Sinzheimer S. 43; a. M. Staub Anm. 15 zu § 70 H.G.B.; Burchardt S. 34.

[42]) Z. B. Krankheit des Arbeiters, Herbeiführung einer Gefahr im Sinn des § 124 Z. 5 G.O. durch den Arbeiter.

Abs. 2 B.G.B. nicht anwendbar;[43]) hier ist vielmehr lediglich nach § 628 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. über die Lohnforderung abzurechnen.

Für die Berechnung der Schadensersatzforderung sind die §§ 249 ff. B.G.B. u. § 287 C.P.O. maßgebend; da die Voraussetzungen des § 251 Abs. 1 B.G.B. hier stets zutreffen, kann es sich nur um Geldersatz handeln. Der Schaden, der dem Arbeitgeber aus der Entlassung des Arbeiters erwächst, kann z. B. in einer Betriebsstörung bestehen, die zur Folge hat, daß er seine Maschinen einige Zeit teilweise leer laufen lassen muß, oder daß er eine Lieferungsfrist nicht einhalten kann. Der Schaden des Arbeiters besteht in dem Verlust seiner Stelle, also seiner Einkommensquelle. Es wäre nun aber zu weit gegangen, wenn man annehmen wollte, der Arbeitgeber habe hier dem Arbeiter unbeschränkt den ihm infolge seines Austritts entgehenden Lohn insolange weiter zu bezahlen, bis er wieder eine gleichwertige Stelle bekommen habe. Vielmehr muß man bei der nach § 287 C.P.O. vorgeschriebenen freien Würdigung stets dem Umstand, daß der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis jederzeit hätte ordnungsmäßig, also in der Regel auf 14 Tage kündigen können, maßgebende Bedeutung beimessen;[44]) demzufolge wird man in der Praxis die Schadensersatzforderung des Arbeiters im allgemeinen auf seinen Lohn für 14 Tage berechnen können. Daneben kann natürlich auch noch weiterer Schaden, z. B. die Auslagen für ein durch den Austritt nicht mehr ausnützbares Eisenbahnabonnement, die Kosten eines Umzugs u. ähnl. liquidiert werden. Der Arbeiter muß sich aber hier von seinem Austritt an um eine andere Stelle bemühen, da sonst § 254 B.G.B. gegen ihn zur Anwendung kommen kann.[45])

Fällt mehreren Arbeitern desselben Arbeitgebers ein gleichartiges und auf einer Verabredung beruhendes vertragswidriges Verhalten zur Last,[46]) so erhebt sich die Frage, ob die sämtlichen Arbeiter hier dem Arbeitgeber für den ganzen, ihm durch ihre Entlassung erwachsenden Schaden als Gesamtschuldner haften.[47]) Da es sich um Schadensersatz

---

[43]) A. M. Nelken S. 620. Dagegen ist § 628 Abs. 2 anzuwenden, wenn das vertragswidrige Verhalten einem Vertreter einer Partei, also z. B. dem vom Arbeitgeber bestellten Vorgesetzten, der Arbeiter zur Last fällt; der Vertretene hat für dieses Verschulden gemäß § 278 B.G.B. einzustehen.

[44]) Vgl. Staudinger Anm. III zu § 629 B.G.B.

[45]) Ebenso Staub Anm. 15 zu § 70 H.G.B.

[46]) Z. B. Weigerung, Arbeiten zu verrichten, die aus Streikgebieten kommen.

[47]) Für das gemeine Recht ist diese Frage von dem O.L.G. Stuttgart in den Jahrb. der w. Rechtspfl. 13 S. 163 und vom Reichsgericht (Entsch. 47 S. 248) unter dem Gesichtspunkt der actio doli bejaht. Nachdem die Schadensersatzforderung durch

wegen Verletzung einer Vertragspflicht handelt, sind die §§ 823,[48]) 830 B.G.B. nicht anwendbar. Da der § 628 Abs. 2 B.G.B. eine Gesamthaftung der mehreren Schuldner nicht vorsieht und die Voraussetzungen der §§ 421, 407 B.G.B. meistens nicht zutreffen werden, wird man anzunehmen haben, daß eine Gesamthaftung der Arbeiter in der Regel hier nicht besteht.[49])

c) Ist die unbefristete Kündigung nicht durch ein vertragswidriges Verhalten des andern Teils, also z. B. durch Krankheit des Arbeiters veranlaßt worden, so findet, wie bereits erwähnt worden ist, auf die Berechnung des vom Arbeiter bis zu seinem Austritt verdienten Lohns der 1. oder 2. Satz des § 628 Abs. 1 Anwendung, je nachdem, welcher Teil gekündigt hat; der 2. Absatz des § 628 B.G.B. kommt hier nicht in Betracht. Während nun die G.O. dem entlassenen, nicht aber dem kündigenden Betriebsbeamten im Sinn des § 133a in solchen Fällen den Gehaltsanspruch für die Dauer von sechs Wochen von der Entlassung an[50]) erhält (§ 133c Abs. 2), verweist sie bezüglich der Gesellen und Gehilfen in § 123 Abs. 3 lediglich auf den Inhalt des Vertrags[51]) und die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften. Solche Vorschriften fehlen, abgesehen von dem auf dem Gebiet des gewerblichen Arbeitsvertrags selten anwendbaren § 617 B.G.B. ganz. Der § 616 B.G.B. bezieht sich nur auf das bestehende, nicht das rechtmäßig gelöste Arbeitsverhältnis.[52]) Der Arbeiter hat hier also nur seinen verdienten Lohn zu fordern.

---

§ 628 Abs. 2 B.G.B. zu einer kontraktlichen erklärt worden ist, kann mit den Rechtsgrundsätzen über den außerkontraktlichen Schaden hier nicht mehr operiert werden. Ebenso Luppe im Gew.-G. 8 S. 4.

48) Vgl. Seufferts Archiv 56 Nr. 147.

49) Ebenso der Einsender der zit. Entsch. im B. 13 S. 165 der Jahrb. d. w. R.; a. M. Luppe a. a. O.

50) Vgl. oben S. 62.

51) Aus dem konkreten Inhalt des einzelnen Vertrags wird sich hier nur sehr selten etwas entnehmen lassen.

52) A. M. Neukamp im Verw.-Archiv 5 S. 230, der den § 616 B.G.B. auch bei § 123 Z. 8 G.O. anwenden will. Die Richtigkeit der im Text vertretenen Ansicht ergibt schon der Umstand, daß im § 616 ein dem 4. Satz des § 617 Abs. 1 B.G.B. entsprechender Satz fehlt.

Verzeichnis der angezogenen Gesetzesstellen.

(S. = Seite, Anm. = Anmerkung, Abs. = Absatz, Art. = Artikel.)

I. Bürgerliches Gesetzbuch.

II. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

III. Gewerbeordnung.

IV. Lohnbeschlagnahmegesetz.

V. Zivilprozessordnung.

VI. Gewerbegerichtsgesetz.

Sachverzeichnis.

(Ag. = Arbeitgeber, A. = Arbeiter, g. A. = gewerblicher Arbeitsvertrag, A.V. = Arbeitsverhältnis; die Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)











